

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JULIANA MATTOS DOS SANTOS

Desconstruindo o Direito: elementos para uma práxis jurídica emancipatória

FLORIANÓPOLIS

2014

JULIANA MATTOS DOS SANTOS

Desconstruindo o Direito: elementos para uma práxis jurídica emancipatória

Trabalho de conclusão de curso de graduação,
realizado em cumprimento de parte dos
requisitos para obtenção do grau de bacharel
em Direito pela Universidade Federal de Santa
Catarina.

Orientador: Edmundo Lima de Arruda Junior
Coorientador: Fábio Luiz Lopes da Silva

FLORIANÓPOLIS

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Desconstruindo o Direito: elementos para uma práxis jurídica emancipatória**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Juliana Mattos dos Santos**, defendido em **12/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de Dezembro de 2014



Edmundo Lima de Arruda Júnior
Professor(a) Orientador(a)



Fábio Luiz Lopes da Silva
Coorientador



Isabella Cristina Lunelli
Membro de Banca



Rose Dayanne Santos de Brito
Membro de Banca

À minha família e ao meu amor.

AGRADECIMENTOS

Aos amigos de sempre, Chris, Sissi, Rubia, Soraia, Renata, Thayse, Carla Ayres, Gui Cunha, Júlia Severgnini, Sandra, Gustavo, Diogo Araújo, Juniores.

Aos amigos que, sem querer, mudaram minhas concepções acerca do Direito e, com isso, me inspiraram a seguir esse curso: Sufyan El Droubi, Tiago Aguiar, Rita, Letícia Marques Osório, Thais Herdy e Tatiana Lopes.

Aos amigos que a graduação me deu para a vida: Ana Paula Galvan, Ana Buzzi, Marina Lis, Chiara Savino, Anamaria Custódio, Maria Anacleto, Herica Sousa, Bruna Bernhardt, Milena Barbi, Vitória Buzzi, Fernanda Donadel, Amanda Melotto, Rodrigo Sartoti, Olga Swiech, Guilherme Filipe, Guilherme Guanabara, Rafael Innocente, Geovani Ambrosio.

Aos membros do gabinete do Desembargador Sebastião César Evangelista, Renato Altemani, Rafaela Stall, Danielle Fernanda, Pablo de Villamartin, Rodrigo Rachadel, Maria Eduarda Ventura, Luana Kuhn.

À minha família, Lúcia Regina, Nelson, Luiz Carlos, Camila, Erly, Lúcia Francisca, Jéssica, Airody (*in memoriam*).

Ao meu amor, Maria Luíza.

“Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo o progresso histórico” (DERRIDA, 2007, p. 26).

RESUMO

Busco com esta pesquisa investigar a possibilidade de desenvolvimento de uma práxis jurídica emancipatória a partir do desconstrutivismo derridiano. Para tanto, delinheio no capítulo inaugural a faceta discursiva e sociocultural do Direito, ressaltando o paradigma racionalista que o caracteriza na atualidade através de uma breve retomada da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, e apontando para algumas das características que permitem uma abordagem desconstrutivista desse Direito. No segundo capítulo, exponho os fundamentos da teoria e do método desconstrutivista e com eles abordo o paradigma racionalista do Direito. Ao final dessa parte, exponho acerca da importância e da premência de se instrumentalizar o Direito para propósitos emancipatórios, tema que se aprofunda no capítulo final.

Palavras-chave: Juspositivismo; desconstrutivismo; emancipação.

ABSTRACT

With this research I investigate the possibility of developing a deconstructive approach to Law that may render it instrumental to a politically emancipatory legal praxis. In order to do that, in the first chapter of this work I delineate the discursive and sociocultural aspect of Law, highlighting its grounds on the scientific paradigm by briefly examining Hans Kelsen's *Pure Theory of Law* and then pointing towards the main aspects that allow such deconstructive approach of Law. In the second chapter, I revisit the core fundamentals of the deconstructive theory and method and through them I approach the scientific paradigm of the legal studies and practice. In conclusion to that chapter, I develop on the importance and urgency of approaches to Law that enable politically emancipatory readings and practices of the discipline, a theme which is further developed in the closing chapter.

Keywords: legal positivism; deconstruction; emancipation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – O DIREITO COMO DISCURSO	12
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO COMO DISCURSO	12
1.2 O DISCURSO DO DIREITO COMO UM SISTEMA	22
CAPÍTULO II – O DESCONSTRUTIVISMO	30
2.1 AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS E O PARADIGMA RACIONALISTA DO DIREITO	30
2.2 DIREITO E DIFFÉRENCE	34
2.3 AS LIMITAÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO ENQUANTO SISTEMA	37
CAPÍTULO III - O DIREITO À LUZ DO DESCONSTRUTIVISMO:.....	42
UM PROJETO EMANCIPATÓRIO.....	42
3.1 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DA EMANCIPAÇÃO HUMANA	42
3.2 ABORDAGEM DESCONSTRUTIVISTA DO DIREITO: BASE PARA UM PROJETO EMANCIPATÓRIO	44
3.3 UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO REALISMO CULTURAL.....	47
3.4 PREMÊNIA DE UMA ABORDAGEM EMANCIPATÓRIA DO DIREITO	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

Primeiro as coisas primeiras. Com esse (aquele) enunciado, começa esta monografia. Com esse (aquele) enunciado, evoca-se tanto a tradição racionalista quanto aquilo que ela evoca: a fé numa causalidade sempre persecutível, que necessariamente nos impele à construção/recordação mística de uma origem ficta. *Cogito ergo sum?* É questão de fé, fé que remove montanhas, fé que ora constrói, ora destrói muros, abismos, pontes ou túneis. É assim, também, que esta monografia inicia já desconstruindo-se. É que é o racionalismo – e especificamente o racionalismo da ciência do direito – o objeto que com esta monografia se busca desconstruir. Não para deitar sem qualquer fé os sujeitos ao direito, mas para construir uma outra fé, essa já emancipada, essa já irrompida da fé na causalidade. De volta às coisas primeiras, em respeito ao que a formal academia exige. É que é preciso falar sobre o direito e, para fazê-lo, é preciso dizer de que direito se diz o que se dirá.

Nomeei (nomeio) esta monografia “Desconstruindo o Direito”, e seria bem justo que qualquer um perguntasse qual ou que direito é esse que estou pretendendo – assim tão pretensiosamente – desconstruir. É em razão da justeza dessa questão – que já se antecipa, embora ela tenha precedido, e, desconfio, até mesmo dado causa, (‘)a redação deste texto – que dedico o primeiro capítulo deste escrito ao Direito. Ali direi (disse) que não me preocupa, por ora, o oposto do torto nem do sinistro, nem o curso que denominamos “de Direito” (assim, com “d” maiúsculo) – o fim do qual constitui um dos fins desta monografia -, bem como não se tratará de qualquer lei ou conjunto de leis, nem específico nem genérico. Ali, como já deve transparecer óbvio, direi (disse) de que ou de qual direito não falarei. E através desse conjunto de “nãos” esperarei (esperei) deixar bem delimitado o objeto deste estudo.

Feito isso, precisarei (precisei) então – também de forma bastante clara – dizer o que era isso que se estava pretendendo fazer com aquele direito definido por indefinições. Daquele verbo – o “Desconstruindo” do título que inventei –, quem seria ou quem foi seu agente? Ou ousaria eu sê-lo, agora, neste ato de enunciação de que se constitui esta monografia? Aliás, será esse um verbo, uma ação, possível? Mais, será a possibilidade desejável? Nem o verbo em si, quanto menos seu sujeito, seu tempo e seu modo restam no segundo capítulo explicitadas. Mas são ali abordadas tais questões – não com esse vazo gramatiquero insuportável – com o fim de se elucubrar sobre como o direito – aquele – constitui-se objeto plenamente desconstruível.

Fabularei (fabulei) ainda um “porquê”, que funcionará (funcionou) como um capítulo três. Exigências da academia: não se pode aqui se dar ao desfrute de supor e pensar a esmo, sem motivação. Ainda assim, a motivação que inventei foi quem inventou este trabalho. O que ali sugeri (sugerirei) é o que me levou a “fazer direito”. Explico: muito embora desde cedo eu tenha sentido inclinação para o estudo jurídico, tardou para que eu encontrasse conciliação com essa disposição pois – antes de conhecer direito – suspeitava eu que o Direito se ocupava única e exclusivamente da manutenção do *status quo*. Minha descoberta pessoal de que, pelo contrário, o direito *pode* ser instrumento, veículo e meio para a mudança do estado das coisas – e, assim, fazer parte da emancipação humana – se seguiu da convicção de que ele *deve* sê-lo. Mais: de que ele não o seria se seu estudo fosse abdicado pelos não-homens-brancos-burgueses-heterossexuais-cisgêneros. Tornou-se para mim imperativo: dois anos depois ingressei no curso de Direito, percurso que se encerra agora, com este trabalho. Vê-se logo que esta pesquisa é fortemente motivada por minha experiência pessoal, afinal eu, consciente das interseccionalidades que me constituem a existência; sabedora de que ora ocupo a posição de opressora e ora a de oprimida e optante pela radical ruptura das relações assimétricas de poder – tanto daquelas que me oprimem quanto daquelas de que me privilegio – desejo com esta pesquisa apontar um caminho possível para a emancipação humana.

Assim é que aquela questão que foi para mim originária constituiu-se como o problema a ser investigado nesta monografia, que formulei, quando da redação do projeto, da seguinte maneira: “é possível construir uma práxis emancipatória do Direito?”. Alegrou-me a descoberta feita ao longo desta pesquisa de que, ao desejar e buscar a emancipação humana como fim do Direito, ladeia-me ninguém menos que Jacques Derrida, que, em sua obra que menos obliquamente trata do Direito, assim enunciou: “Nada me parece menos perempto do que o clássico ideal emancipador. Não se pode tentar desqualificá-lo hoje, de modo grosseiro ou sofisticado, sem pelo menos alguma leviandade e sem estabelecer as piores cumplicidades” (2007, p. 57). O filósofo diz isso no mesmo texto em que assevera que “a desconstrução é a justiça” (p. 27) e que o desenvolvimento da desconstrução na teoria e na filosofia do direito “são, hoje em dia, do ponto de vista de certa desconstrução, dos mais fecundos e dos mais necessários” (p. 14). A inquietação que narrei anteriormente acerca da relação entre o Direito e o *status quo*, bem como o objetivo que me motiva e o imperativo que me move, encontram força nessas palavras.

A hipótese inicial, frente ao problema que eu formulara, foi que era sim possível construir uma práxis emancipatória do Direito, afinal, por ser ele um constructo sociocultural, haveria ele de poder ser (re)inventado com esse fim. Para tanto, pareceu-me que com o

instrumental teórico-metodológico do desconstrutivismo se poderia muito bem expor o paradigma racionalista que fundamenta a ciência do Direito na atualidade, em um gesto e um esforço filosóficos que exporiam suas fissuras e vazamentos, possibilitando seu manejo e instrumentalização em uma práxis emancipatória. Assim, o objetivo geral da pesquisa é o de investigar a possibilidade de desenvolvimento de uma práxis jurídica emancipatória a partir da teoria desconstrutivista.

Para fazer isso, a pesquisa partirá (partiu) da premissa – desenvolvida no primeiro capítulo deste trabalho – de que o Direito, por ser elemento cultural, é também palco de embates que se dão em níveis culturais, históricos e sociais, com frequência reproduzindo as estruturas de tais embates. É em razão disso que o Direito constitui-se frequentemente como instrumento de manutenção do *status quo*, verdadeira ferramenta a serviço dos opressores, contrário aos oprimidos. No entanto, não só é possível como é premente – ante a juvenalidade da democracia no Brasil – que se pensem modos alternativos de instrumentalização do Direito para que ele se coloque a serviço das minorias como vetor de sua emancipação. É com tal projeto emancipatório que a pesquisa ora proposta pretende colaborar. Em outras palavras, trata-se da construção de um instrumental teórico que fomente uma aplicação do Direito que, em vez de alicerçar a manutenção das desigualdades observadas no *status quo*, constitua-se como base e vetor das lutas pelo rompimento das relações assimétricas de poder.

O tema é atual, uma vez que, ainda que passados já cerca de cinquenta anos desde que Derrida começou a desenvolver o que veio a ser conhecido como desconstrutivismo, tal construto teórico ainda não foi submetido à devida antropofagia brasileira. Isso porque, embora tal corrente teórica já tenha ingressado nas ementas dos cursos universitários não foi ela ainda transformada a partir da ótica brasileira. O que se constata é que trata-se de incipiente inserção de instrumental teórico importado – manifesta expressão de dependentismo intelectual –, carente ainda de reinterpretação a partir da experiência deste país situado na periferia do mundo globalizado. Se a antropofagia da teoria da desconstrução em terras brasileiras encontra-se ainda incipiente, sua específica aplicação ao fenômeno jurídico a partir da ótica nacional é ainda nascitura. O tema se reveste, ainda, de especial importância ante a necessidade de se estabelecer e consolidar nosso processo democrático, projeto que requer a construção de instrumentais teóricos que falem a partir da nossa realidade e que tenham por fim a ruptura das estruturas de dominação e opressão.

CAPÍTULO I – O DIREITO COMO DISCURSO

Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente discricionário (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. 2006, p. 28)

Este capítulo é dedicado à discussão do Direito como discurso, com o que se espera estabelecer as características do Direito que permitem sua abordagem desconstrutivista. Para isso, no primeiro tópico deste capítulo se delineia a faceta discursiva do Direito, estabelecendo-se o que se entende por Direito e o que se entende por discurso no âmbito desta pesquisa. No tópico seguinte, lanço-me a uma investigação do paradigma racionalista do Direito. A partir desse paradigma, passo a apontar o fato de que o discurso do Direito é um construto sociocultural marcado (assombrado) pela busca por sistematicidade lógica, autorreferencialidade e coerência interna. Ao menos é esse o ideal – a promessa – do Direito fundado segundo o paradigma racionalista. Na terceira parte deste capítulo, então, passarei a apontar que, por serem fictícios os fundamentos desse ideal, tal promessa com frequência se frustra. A “ordem jurídica”, ao contrário do que busca fazer crer a concepção racionalista, é repleta de vazamentos, lacunas e incoerências e até mesmo os mecanismos previstos na ordem jurídica para contornar tais problemas encontram-se com limitações dentro do próprio ordenamento jurídico. Por fim, conclui-se que as características problematizadas neste capítulo ensejam uma abordagem desconstrutivista do Direito, ponto de partida para a discussão do capítulo seguinte.

1.1 Caracterização do Direito como discurso

O Direito como discurso. O Direito conforme o qual eu discurso. O Direito entendido como Discurso. O Direito reduzido ao discurso. O Direito reduzido a um discurso. O discurso do Direito. O discurso direito. O Direito enquanto discurso. Tais distintos enunciados estabelecem algumas das distintas visões que legitimamente se pode ter do Direito

e de sua relação com o que conhecemos por “discurso”. O Direito é um – ou vários – discurso(s)? Ou é o Direito algo essencial que se torna manifesto através de discursos?

É bem claro que o Direito é, também, mais que isso, mais que uma forma de discurso, afinal dele emanam efeitos reais. É, aliás, com base nessa premissa que com esta pesquisa tem-se a expectativa de contribuir na construção de uma nova concepção a respeito dos efeitos reais que se podem alcançar através da instrumentalização do Direito para propósitos emancipatórios. A discussão a esse respeito, no entanto, só pode frutificar se precedida por uma discussão sobre o Direito e o discurso, tópicos a serem abordados neste capítulo, restando ao capítulo final a proposta mencionada.

O fato de que hoje podemos asseverar, sem incorrer em inverdades, que “o Direito é um(a forma de) discurso” se deve ao desenvolvimento das ciências humanas nos sécs. XX e XXI. Refiro-me às consequências que o Iluminismo legou, constituindo o paradigma racionalista que levou ao desenvolvimento das ciências sociais, da ciência linguística, da ciência jurídica. Em cada um desses ramos do conhecimento humano operou-se um movimento que partiu (mas nunca ali é o começo) do Iluminismo até seu desenvolvimento como ciência propriamente dita e reconhecida como tal (com suas definições de conceito, objeto e método). Também em cada uma dessas áreas, firmadas enquanto ciência, foi marcante a passagem para o estruturalismo e, na sequência, ao pós-estruturalismo (e ao que veio/vem ainda depois).

Digressão apenas para (res)saltar – se já não saltou aos olhos – que abri o parágrafo anterior afirmando que o Direito “ser tal coisa” não se constitui uma inverdade. O que permite tal asserção é a noção – hoje já bem estabelecida na comunidade acadêmica – de que não há verdades essenciais, passíveis de serem alcançadas pela razão, conforme o prometia o racionalismo. E o estabelecimento dessa noção se deveu à revolução epistemológica que nos levou a abandonar aquela concepção. A história dessa revolução epistemológica é a história do desenvolvimento “Iluminismo > racionalismo > estruturalismo > pós-estruturalismo” de que se falou no parágrafo antecedente.

Bem se sabe que tais desenvolvimentos não se dão em ordem lógico-cronológica. Esses movimentos se intersectam, se constroem e derroem mutuamente, apresentam limite, exploram o limite, suplantam o limite um do outro, demonstrando que não há limite, no campo de estudo das ciências humanas e sociais, senão os ficcionais, senão os convencionais, senão os arbitrários. Bem sabemos também que eles não se desenvolvem em uma escala evolutiva. Tais movimentos são ondas: avançam, retrocedem; avolumam-se, reduzem-se. Assim é que, também no Direito, se observa esse percurso que partiu dos fundamentos do

Iluminismo, buscou firmar-se enquanto ciência, desenvolveu-se no estruturalismo, passando então pelo pós-estruturalismo e, por fim, para o que há agora.

Desdigressionando, aquelas três ciências foram fundadas como tal a partir do desenvolvimento racionalista iniciado (continuado) no Iluminismo, muito embora seus objetos de estudo fossem já alvo de reflexão e observação teórica, filosófica e prática desde os primórdios da humanidade¹. Retomo agora, em linhas bastante gerais devido às limitações que caracterizam uma monografia de graduação, o desenvolvimento de alguns desses cursos que desaguam hoje no Pós-estruturalismo derridiano e no Pós-positivismo Jurídico, em suas manifestações críticas.

Decido, corto (“o instante da decisão é uma loucura”. DERRIDA, 2007, p. 52). Selecciono, da miríade de contribuintes desses percursos e ondas, a fundação da Ciência Linguística, por Ferdinand Saussure, e da Ciência Jurídica, por Hans Kelsen. Destaca-se também o desenvolvimento do Positivismo, a partir de Auguste Comte, movimento que, embora hoje desprestigiado, constituiu-se como uma das forças que, no Brasil, tensionou e mobilizou políticas de vanguarda, como a laicização do Estado e a abolição da escravidão (BOSI, 2004, pp. 17-48). O Pós-positivismo pressupõe o Positivismo, o que justifica a breve discussão que aqui também se fará sobre tal corrente.

Pois bem, no desenvolvimento da Ciência Linguística, na origem da corrente que veio a ser conhecida como estruturalismo, Saussure afirmava que a relação significante/significado surgia concomitantemente na constituição do signo, afirmando que “O signo linguístico é, pois, uma entidade psíquica de duas faces, que . . . estão intimamente unidos e um reclama o outro” (2003, p. 80). Na leitura saussuriana, portanto, entende-se que há uma relação entre as palavras e as coisas, ainda que se conceda que tal relação seja arbitrária. O teórico Terry Eagleton delineia algumas das posições centrais do estruturalismo literário, em trecho que me permito transcrever na íntegra pela qualidade na concisão e objetividade:

Saussure via a linguagem como um sistema de signos, que devia ser estudado “sincronicamente” – isto é, estudado como um sistema completo num determinado momento do tempo – e não “diacronicamente”, ou seja, em seu desenvolvimento histórico. Todo signo devia ser visto como formado por um “significante” (um som-imagem ou seu equivalente gráfico), e um “significado” (o conceito ou significado). Os quatro tipos impressos “g-a-t-o” são um significante que evocam o significado “gato”. A relação entre significante e significado é arbitrária; não há razão inerente pela qual essas quatro marcas devam significar “gato”, a não ser a convenção

¹ Tanto a humanidade ocidental quanto a oriental, mas está-se aqui ciente de que nosso paradigma de universalidade é o ocidental, sendo que escapa aos propósitos desta seção da monografia aprofundar em sua crítica (essa necessária crítica tem lugar, obliquamente, em toda a extensão deste trabalho).

cultural e histórica. Comparemos com *chat*, em francês. A relação entre a totalidade do signo e aquilo a que ele se refere (o que Saussure chama de referente, a criatura real, peluda e de quatro patas) também é, portanto, arbitrária. Cada signo no sistema só tem significação em virtude do que se difere dos outros. “Gato” tem significação não “em si”, mas por não ser “mato”, ou “tato”, ou “pato”. Não importam as modificações do significante, desde que ele preserve sua diferença de todos os outros significantes; podemos pronunciá-lo de muitas maneiras diferentes, desde que essa diferença seja mantida. “No sistema linguístico”, diz Saussure, “existem apenas diferenças”. O significado não é misteriosamente imanente ao signo, mas sim funcional, resultado de sua diferença para com outros signos. Finalmente, Saussure acreditava que a linguística se veria em meio a uma confusão terrível se se preocupasse com a fala real, ou *parole*, como ele diz. Ele não estava interessado em investigar aquilo que as pessoas realmente dizem, mas sim a estrutura objetiva dos signos que tornavam possível a sua fala; a isso chamou de *langue*. Saussure também não se interessava pelos objetos reais de que falam as pessoas: para estudar a língua com eficiência, os referentes dos signos, as coisas que na realidade denotavam, tinham de ser colocadas entre parênteses.

De um modo geral, o estruturalismo é uma tentativa de aplicar essa teoria linguística a outros objetos e atividades que não a própria língua. (2003, pp. 132-133)

Discutirei em maior profundidade acerca da noção que aqui se adota de paradigma no tópico 1.2 desta monografia, onde falarei dos paradigmas científicos especificamente da ciência jurídica, à luz da adaptação para a ciência jurídica que o eminente jurista Ovídio Baptista faz da teoria das revoluções científicas desenvolvida por Thomas Kuhn com base na história das ciências naturais. Nesse futuro tópico, explicarei os fundamentos da proposta de Kuhn na visão de Ovídio Baptista, que por ora pode-se resumir da seguinte maneira: cada era científica se constitui a partir de um paradigma – isso é, de um modelo ou conjunto de pressupostos e premissas tomadas como elementares e aceitas sem questionamento pela comunidade científica. Tal modelo se desenvolve para oferecer solução ao que até então não se poderia resolver pelo paradigma científico dominante, vindo também a ser suplantado quando seus limites são forçados sem que ele exiba elasticidade suficiente para se amoldar às questões que lhe sobrevierem.

Nas ciências humanas e sociais também testemunhamos tais revoluções científicas. O movimento a que Saussure deu início se tornou dominante, espalhando-se através de outros autores em variados movimentos – Roman Jakobson, Carl Propp, Claude Lévi-Strauss, para citar alguns. Entretanto, os limites de tal modelo começaram a se mostrar insuficientes para responder às novas perguntas a que seu desenvolvimento havia dado causa. Eagleton apresenta uma excelente problematização da teoria de Saussure, apontando as limitações dela que tornaram tanto possíveis quanto necessárias – e, portanto, que anteciparam – os posteriores desenvolvimentos do pós-estruturalismo e, em seu bojo, do desconstrutivismo de Derrida:

Saussure . . . argumenta que o significado na linguagem é apenas uma questão de diferença: ‘gato’ é ‘gato’ porque não é ‘mato’ ou ‘fato’. Mas até que ponto devemos

levar esse processo de diferenciação? ‘Gato’ também o é por não ser ‘pato’ ou ‘galo’; e ‘galo’ é o que é por não ser ‘calo’ ou ‘fato’. E onde vamos parar? Ao que parece tal processo de diferenciação da linguagem pode ser desenvolvido interminavelmente: se assim for, porém, o que faremos com a noção de Saussure, segundo a qual a língua forma um *sistema fechado, estável*? Se todo signo é o que é por não ser todos os outros signos, todo signo seria constituído de um emaranhado potencialmente infinito de diferenças. A definição de um signo, portanto, seria uma coisa muito mais complexa do que se poderia pensar. . . . (2003, p. 175, grifei)

A partir dessa constatação se operou o que veio a ser denominado a guinada linguística, isso é, o momento em que as ciências humanas e sociais passaram a compreender que tudo quanto era humano advinha de construtos discursivos socialmente construídos, aspectos que, justamente por serem culturais, não poderiam pretender qualquer imanência ou transcendentalidade.

Assim, importa salientar que Derrida já se manifesta a partir de um paradigma científico muito distinto daquele de Saussure. O filósofo franco-argelino procedeu à guinada linguística, momento em que as ciências humanas passaram a focar no papel e na relação da língua com seus objetos de conhecimento. Tornou-se então o foco da comunidade científica a suspeita quanto a enunciados de verdade naturais e a concepção de que tais verdades se constituem discursivamente, dizendo mais sobre seu tempo e modo de enunciação que sobre a realidade em si. Tensionada ao máximo essa leitura, pode-se mesmo chegar a desconfiar da própria existência de qualquer coisa que se pudesse caracterizar como o real. Derrida assim se manifesta sobre a mudança de paradigma que permitiu que a noção de discurso se tornasse o centro na compreensão da linguagem:

Foi então o momento em que a linguagem invadiu o campo problemático universal; foi então o momento em que, na ausência de centro ou de origem, tudo se torna discurso – com a condição de nos entendermos sobre esta palavra – isto é, sistema no qual o significado central, originário ou transcendental nunca está absolutamente presente fora de um sistema de diferenças. A ausência de significado transcendental amplia indefinidamente o campo e o jogo da significação. (2009, pp. 409-410)

Abolida a concepção de que há um real paralelo ao significado resta somente o significado, e o referente (o real) passa a ser questionado. Ou, ao menos, passa-se a compreender o real como algo inalcançável, pois estamos fadados a apenas margeá-lo, a somente pressupô-lo a partir das mediações da linguagem, a apenas adivinhá-lo através das imediações da palavra, a apenas acercá-lo através de cadeias de significações.

A partir desse contexto Derrida vem estabelecer uma nova verdade a respeito do sistema linguístico e do processo de significação: para ele, é a relação entre significantes – e não entre os significantes e as coisas – aquilo que constitui o sistema linguístico, passando-se ao entendimento de que as palavras relacionam-se mesmo entre si, sendo as coisas elas

mesmas intangíveis. Isso é, o sentido se estabelece na relação nunca estável entre os significantes. Uma das características dessa relação, marcada por essa não-estabilidade, é um mecanismo que Derrida nomeou *différance*. Vejamos como ele mesmo o define:

Différance is the systematic play of differences, of the traces of differences, of the spacing by means of which elements are related to each other. This spacing is the simultaneously active and passive (the a of *différance* indicates this indecision as concerns activity and passivity, that which cannot be governed by or distributed between the terms of this opposition) production of the intervals without which the “full” terms would not signify, would not function. . . . “the a of *différance* also recalls that spacing is temporization, the detour and postponement by means of which intuition, perception, consummation - in a word, the relationship to the present, the reference to a present reality, to a being - are always deferred. *Deferred by virtue of the very principle of difference which holds that an element functions and signifies, takes on or conveys meaning, only by referring to another past or future element in an economy of traces.* This economic aspect of *différance*, which brings into play a certain not conscious calculation in a field of forces, is inseparable from the more narrowly semiotic aspect of *différance*. . . . It confirms that the subject, and first of all the conscious and speaking subject, depends upon the system of differences and the movement of *différance*, that the subject is not present, nor above all present to itself before *différance*, that the subject is constituted only in being divided from itself, in becoming space, in temporizing, in deferral; and it confirms that, as Saussure said, “language [which consists only of differences] is not a function of the speaking subject”. (1988, pp. 27-29, grifei)

Como se vê do excerto citado, através do conceito de *différance* o filósofo busca apontar para o movimento duplo do processo de significação: há sempre um deferimento – e, assim, há sempre um adiamento do sentido – bem como há sempre uma diferenciação, de forma que os significantes são distintos entre si e, ainda assim, mutuamente necessários e constitutivos. *Différance* significa, a um só tempo, diferença e deferimento, isso porque os sentidos são sempre adiados e são sempre marcados por sua diferença.

Eagleton, didático, esclarece a teoria e o método desconstrutivista, que parte do mecanismo supracitado:

Jacques Derrida . . . classifica de ‘metafísico’ qualquer sistema de pensamento que dependa de uma base inatacável, de um princípio primeiro de fundamento inquestionáveis, sobre o que se pode construir toda uma hierarquia de significações. Não que ele simplesmente acredite que possamos nos livrar da necessidade de criar esses princípios primeiros, pois desse impulso está profundamente impregnada a nossa história e ele não pode ser erradicado ou desconhecido. . . . Mas se examinarmos de perto esses primeiros princípios, veremos que eles sempre podem ser ‘desconstruídos’: pode-se mostrar que são antes produtos de um determinado sistema de significações, do que algo que os sustenta de fora para dentro. Tais princípios primeiros são comumente definidos pelo que excluem: são parte das ‘oposições binárias’ de que tanto gosta o estruturalismo. . . . A ‘desconstrução é o nome dado à operação crítica através da qual tais oposições podem ser parcialmente enfraquecidas, ou através da qual se pode mostrar que se enfraquecem parcial e mutuamente no processo de significação textual. (2003, p. 182).

A desconstrução, portanto, compreendeu que as oposições binárias, com as quais o estruturalismo clássico gosta de trabalhar, representam uma maneira de ver típica das ideologias. . . . Esse pensamento metafísico, como dissemos, não pode ser

simplesmente evitado. Não podemos nos lançar, para além desse hábito binário de pensamento, a uma esfera ultrametafísica. Mas através de uma determinada maneira de operar sobre os textos – sejam ‘literários’ ou ‘filosóficos’ – podemos começar a revelar um pouco dessas oposições, a demonstrar como um termo de uma antítese está secretamente presente no outro. De modo geral, o estruturalismo contentou-se em separar em um texto as oposições binárias e expor a lógica dessa análise. A desconstrução tenta mostrar como tais oposições, para se manterem como tais, por vezes traem-se a si mesmas, invertendo-se ou desaparecendo, ou precisam colocar à margem do texto certos detalhes insignificantes que podem voltar e perturbá-las. (2003, pp. 182-184)

Também a Ciência Jurídica se desenvolveu com atributos de verdade e constituiu-se e operou fortemente através de binarismos, conforme se discorrerá propriamente no tópico 1.2 desta monografia. É por isso que também a Ciência Jurídica precisou e ainda precisa ser repensada depois da guinada linguística², bem como depois que seus fundamentos encontraram limites que hoje já não podem ser suplantados por eles mesmos, nem responder às perguntas de hoje. O Direito, na acepção definida como objeto de estudo desta pesquisa, se expressa através da linguagem, dentro do que podemos identificar como um paradoxo: a um só tempo exige-se do Direito a certeza e a completude que somente um sistema fechado – como a língua o era para Saussure – podem garantir, e também dele se exige uma amoldagem criativa e justa ao caso concreto a ser subsumido, resultando numa frequente pobreza ou incapacidade de agasalhamento por qualquer leitura unívoca.

O Direito expressa-se linguisticamente, valendo-se da linguagem ordinária, isso é, de uma linguagem não-binária ou axiomática. A linguagem ordinária é marcada pela vagueza, ambiguidade, imprecisão, indefinição etc., em razão do que torna-se necessário a essa linguagem um “completamento” de sentidos. É por isso que a prática jurídica é, sobretudo, uma prática interpretativa: o Direito é um conceito discursivo, um conceito interpretativo. Seu campo de aplicação é tão vasto que lhe é estratégico valer-se de uma linguagem multissignificante, deixando a cargo da atividade interpretativa a seleção de um dentre os significados possíveis. No Direito, tal qual na linguagem, verifica-se arbitrariedade: não existem verdades imanentes.

É essa proximidade do Direito com a linguagem, que aqui encapsulo na expressão “o Direito como discurso”, que embasa o exercício que aqui buscarei fazer quanto ao Direito, isso é, o exercício de desconstruí-lo. É possível pensar o ordenamento (sistema) jurídico de forma análoga a essa compreensão que se operou quanto à ordem (sistema) linguística. Essa transposição não se dá sem obstáculos, dentre os quais destaco a dificuldade de se estabelecer

² A respeito da hermenêutica jurídica tradicional e das mudanças que lhe foram impostas com a guinada linguística, consultar o tópico “Hermenêutica constitucional” da obra de Marcellino Junior referenciada ao final desta monografia.

no paradigma racionalista, científico e estruturalista do Direito, o que seria o “real”. Afinal, há pouco estabeleci que foi uma mudança radical (uma revolução científica) no entendimento da relação entre o sistema linguístico e as coisas que se operou na transição do estruturalismo para o pós-estruturalismo. Impõe-se, portanto, uma análise da particularidade da onda e curso que, no campo do estudo do Direito, partiram do Positivismo para desaguar no Pós-positivismo.

Ensaio antes, contudo, uma apreensão possível sobre essa problemática que destaquei: se é fácil pensar no referente “árvore” no que seria o mundo das coisas, mais difícil é pensar o que seriam os referentes a que corresponderiam os significados do ordenamento jurídico. Penso que o ordenamento (sistema) jurídico parece configurar-se através de uma segunda ordem de significações, no sentido que Roland Barthes estabelece ao elaborar sua teoria da semiologia. No entanto a primeira ordem de significações seria de qualquer modo inalcançável por ser inexistente. Isso porque a ordem jurídica surge, assim como a ordem linguística, concomitantemente com seu referente. Surge, no entanto, diferentemente da ordem linguística, já simbolicamente. Seria o referente originário da ordem linguística a violência pura? Derrida, replicando Montaigne, fala de um “fundamento místico da autoridade”, mas já aqui começo a escapar aos propósitos deste tópico e a apontar para uma pesquisa que não pode ser suficientemente desenvolvida em uma monografia final de curso. Retomo o curso, falemos sobre o desenvolvimento do Juspositivismo ao Pós-positivismo Jurídico.

Hans Kelsen é reconhecido como o fundador do Juspositivismo. Com efeito, foi ele quem primeiro estabeleceu objeto – a norma jurídica – e método – o silogismo – para definir uma Ciência do Direito. Para fazê-lo, seus maiores esforços se orientaram para o estabelecimento de uma distinção radical entre o Direito e a moral: para Kelsen e para os demais juspositivistas, como L. A. Hart e Norberto Bobbio, a norma equivale à lei, independentemente de seu conteúdo, constituindo-se ela como uma diretriz de comportamento. Segundo tal corrente, até mesmo os princípios jurídicos estão divorciados de qualquer concepção moral. Assim, tem-se que o Juspositivismo é marcado por uma forte visão legalista, norteadado pela neutralidade e pela concepção de que qualquer norte político é externo ao Direito propriamente dito. Preza-se pela imparcial aplicação do Direito, sem consideração a qualquer aspecto que lhe seja externo.

Em razão desse extremado legalismo, o Juspositivismo foi muito criticado por sua visão desresponsabilizada do aplicador do Direito, afinal, se as leis postas (positivadas) devem ser seguidas sem qualquer avaliação de seu conteúdo, a única possibilidade de ação

ética caberia ao regulador, ao passo que ao aplicador só caberia colocá-la em prática. Criticou-se também o Juspositivismo por sua sugestão de que a legitimação da norma fosse interna ao próprio plano jurídico, de forma apartada do plano político. Já a reconhecidamente grande contribuição do positivismo jurídico, segundo uma perspectiva atual, foi ter aberto o caminho para a separação entre Direito e religião.

As críticas, no entanto, fortaleceram-se em muito no pós-Segunda Guerra Mundial, tendo sido atribuída às concepções de norte juspositivista a banalização da vilania que se observou no regime nazista. Narra-se que Kelsen foi questionado acerca da validade jurídica, segundo sua própria teoria, do que ocorria na Alemanha nazista, diante do que, “com sua norma fundamental neutra era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para o exílio nos EUA (fugido da Alemanha), que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo” (COELHO, 2001, p. XVII).

Mais se discorrerá a esse respeito nos tópicos 1.2 e 1.3 a seguir, afinal, como ali se apontará, a despeito das perigosas e danosas consequências práticas possibilitadas pelo discurso juspositivista, essa tradição lançou firmes raízes no mundo jurídico, constituindo-se ainda hoje como o paradigma atualmente dominante em nossa cultura jurídica.

Um dos fatores que garantiu a sobrevida dessa corrente, possibilitando que ela se constituísse como fundamento teórico a sustentar, ainda hoje, nosso arcabouço jurídico, foi sua reinvenção, propondo-se através de sua própria lógica razoáveis argumentos em sua defesa contra as severas críticas levantadas³. A exemplo disso, pode-se mencionar o reconhecimento de que a acusação de que o Juspositivismo recomenda uma aplicação mecânica da lei seria infundado, uma vez que todos os positivistas apontam para alguma abertura, penumbra ou indefinição no Direito. Além disso, a visão de que a aplicação da lei segundo o Juspositivismo se daria de forma mecânica é também tida por infundada no Juspositivismo revisado, ao argumento de que, em sua concepção, a validade do Direito está vinculada ao requisito fático de ao menos uma mínima eficácia social. Ou seja, o positivismo não sugere que se reconheça a validade de qualquer norma criada por qualquer autoridade, sendo imprescindível a análise desse requisito fático.

Ainda assim, uma inegável contribuição – ou efeito colateral, se assim se pode dizer – dessa corrente foi ter-se demorado para apresentar soluções aceitáveis para suas claras

³ Para uma aprofundada e inovadora revisão do Juspositivismo, consultar a obra de Norberto Bobbio (1995), referida ao final desta monografia.

limitações, ou tê-las apresentado ainda com limitações inaceitáveis, dando assim ensejo ao florescimento do pós-positivismo.

Na concepção pós-positivista – encampada por pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas – entende-se que não há como separar o Direito da moral e da política. Partindo do pressuposto de que a neutralidade professada pelo juspositivismo é irrealizável, entendem os pós-positivistas que o Direito deve ser interpretado conforme os valores. Daí que, para eles, os princípios têm força cogente e segui-los é imperioso. Assim é que o Pós-positivismo abriu o leque da discricionariedade jurídica, permitindo interpretações e decisões mais amplas, com base nos princípios jurídicos.

A partir desse entendimento, o papel do intérprete e aplicador do Direito fica extremamente fortalecido, surgindo como crítica a essa corrente o receio de que – dotado de tamanho poderio – pudesse o aplicador do Direito entregar-se a abusivos arbitrarismos. Também o receio de insegurança jurídica motiva boa parte da crítica ao pós-positivismo jurídico. É que, se a norma será aplicada conforme sua interpretação moral, pode-se antecipar que cada aplicador e intérprete a entenderão tão-somente com base em seu entendimento pessoal.

É em resposta a tais críticas que o esforço maior dos teóricos dessa corrente tem sido o de elaborar mecanismos e métodos balizadores que estabeleçam limites e introduzam um grau de racionalidade ao processo hermenêutico principiológico, de forma a evitar que as decisões sejam irresponsáveis ou arbitrárias, motivadas simplesmente pela moral particular do julgador. Cita-se, a título de exemplo, o modelo de ponderação dos princípios proposto por Alexy, e a visão do Direito como integridade, conforme Dworkin.

Pois bem, retomando a compreensão da língua como sistema com cuja discussão abri este tópico, gostaria de apontar para a compreensão do Direito como sistema, compreensão essa que se constitui como o paradigma atualmente dominante no campo jurídico, conforme se discorrerá no tópico seguinte. Tais sistemas constituem-se como o que denominarei totalidades. O sistema linguístico porque constituído pelo conjunto infinito de relações possíveis entre os significantes; o jurídico porque prima pela autorreferencialidade, completitude e coerência interna.

No entanto, na totalidade de que se constitui a ordem linguística, além de todas as relações possíveis entre os significantes, há ainda aquelas que só são possíveis criativamente, isso é, que só são possíveis poeticamente, que seriam a própria realização do não-possível. É na atividade criativo-criadora que se promove a extrapolação do todo – ou, no mínimo, se denuncia o caráter arbitrário de seus limites. Pretendo com esta pesquisa propor que se realize

uma leitura criativo-criadora do ordenamento jurídico, possibilitando na reflexão jurídica a realização e concretização do não-possível, projeto que desenvolvo mais propriamente na terceira parte desta pesquisa, onde nomeio o que entendo por potencial emancipatório do Direito, fim desta monografia.

1.2 O discurso do Direito como um sistema

Interessa neste tópico investigar a configuração da faceta discursiva do Direito enquanto uma totalidade que se constitui como um sistema.

O projeto kelseniano do Direito surgiu a partir de duas constatações: a de que o Direito não se houvera até então constituído enquanto Ciência e a problematização de sua inteligência e aplicação através de balizas que Kelsen entendia serem externas ao Direito – como a psicologia e a sociologia – o jurista desenvolveu uma teoria do Direito que buscava identificar propriamente qual deveria ser seu objeto e método. Denominou-a Teoria Pura do Direito. Pura porque expurgada de tudo quanto, no seu entendimento, fosse estranho ao Direito. Com isso, o autor intenta descrever como o Direito é em vez de prescrever como ele deve ser, a partir do que Kelsen sustenta que sua obra se trata de uma teoria do Direito, não de uma política jurídica, esforço e distinção que marcam e perpassam toda a sua obra (1997, pp. 1-2). Dessa forma, seu exercício torna-se parecido com o esforço intelectual de Descartes: remover do conhecimento tudo aquilo que seja construído culturalmente, chegar à concepção de um pensamento originário, imaculado, que sirva de premissa-base para a construção de uma totalidade de conhecimento. O “*cogito, ergo sum*” de Kelsen é a *Grundnorm*, a norma fundamental.

Partindo dessa intenção intelectual, Kelsen funda o conceito de ordem jurídica, através do qual sugere a compreensão do Direito enquanto um sistema dinâmico, com base na noção de validade da norma jurídica. Essa validade é o que traduz a pertinência ou não de determinada norma ao ordenamento jurídico. O fundamento de validade de uma norma é a norma superior que lhe constituiu, de forma que o ordenamento jurídico é caracterizado por um eixo hierárquico vertical onde as normas superiores constituem e, assim, dão validade às normas inferiores e as inferiores executam as normas superiores. Mas não é qualquer sistema de normas que constitui um ordenamento jurídico, tendo a sanção papel central na conceituação de Kelsen, afinal, para ele o que distingue as normas jurídicas das demais

normas – de cunho costumeiro ou moral, por exemplo, é a imperatividade das normas jurídicas, isso é, sua imposição pelo Estado de forma coercitiva. Em outras palavras, o ordenamento jurídico é um sistema de normas positivadas pelo Estado, que se distinguem de outros sistemas de normas pelo caráter coercitivo com que se impõe. É, portanto, a sanção o atributo típico da norma positivada pelo Estado, que marca sua coercitividade.

Diante disso Kelsen vislumbra o método da Ciência Jurídica: o silogismo. As ciências naturais são marcadas pelo estudo da causalidade. O Direito não é ciência natural e não apresenta essa característica. O que se verifica no Direito, marcando-lhe o caráter deôntico, não é causalidade, mas o nexos de imputação, sendo tarefa do jurista, segundo Kelsen, descrever tal nexos. Esse nexos de imputação é desenvolvido a partir da distinção feita por Kant entre “ser” e “dever ser” e de sua noção de que de um “dever ser” não deve se seguir outro “dever ser”.

Vejamos como se desenvolve a teoria de Kelsen em sua obra máxima. O autor inicia marcando a distinção entre a norma jurídica e o valor moral e, a partir daí, diferencia ordem social em geral de ordem jurídica (uma subespécie de ordem social). Nesse quadro, tem especial importância a noção de sanção, através da qual as prescrições de cada uma dessas ordens são colocadas de forma peculiar:

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). . . .

Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem. . . . Desta forma, *uma determinada conduta apenas pode ser considerada*, no sentido dessa ordem social, *como prescrita* – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita –, *na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção* (no sentido estrito). (1997, p. 25. Grifei)

O excerto citado estabelece claramente a distinção que Kelsen faz entre ordem social e ordem jurídica: ao passo que à ordem social é facultada a imposição de sanção ou de prêmio para prescrever as condutas desejadas, à ordem jurídica a sanção pelo descumprimento da norma é impositiva.

A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita uma conduta significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é tornada pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. (1997, p. 26)

Assim, é a obrigatoriedade da sanção ante o descumprimento da prescrição que caracteriza a norma jurídica para Kelsen, ao passo que a norma moral apresenta uma outra espécie de sanção.

Dito isso, o teórico qualifica o Direito como uma ordem de conduta humana de caráter coativo, cujos atos de coação emanam de um poder que detém o monopólio da força coercitiva a fim de garantir a segurança coletiva:

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. . . .

A segurança coletiva visa à paz, pois a paz é ausência do emprego da força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio da coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída. (1997, pp. 40-41)

A manutenção da paz, então, depende da abdicação do uso da força por parte dos sujeitos que se submetem à ordem jurídica e em favor dela, para que ela a exerça na defesa de todos. Assim, a comunidade jurídica detém o monopólio do uso da força e a emprega, se necessário, em sanção pelo descumprimento das condutas prescritas pela comunidade.

Capítulo especialmente sensível de sua obra é aquele em que ele distingue o Direito da Moral. Kelsen critica a noção kantiana de que a moral se trataria de uma regulamentação da conduta interior, enquanto o Direito seria uma regulamentação da conduta externa por entender que, sendo tal reflexão da ordem da psicologia, seria ela estranha ao Direito. Ao Direito, na visão de Kelsen, pouco importa a inclinação íntima do indivíduo, se ele cumpre a lei pelo seu conteúdo ou meramente por amor à obediência. O teórico então se debruça sobre a relação que de fato existe entre o Direito e a Moral e a relação que deve existir entre elas:

À primeira questão responde-se por vezes que o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que *o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo –, mas não tem necessariamente de o ser*; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita a exigência de que o Direito deva ser moral, isto é, deve ser justo. (1997, pp. 70-71. Grifei.)

Como se vê no excerto citado, Kelsen percebe que o canal que mais incisivamente liga o Direito à Moral é a noção de Justiça. A partir daí o autor critica a relatividade do valor moral, apontando que não há uma moral absoluta e que, portanto, não há uma justiça absoluta.

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (1997, pp. 76)

O autor se esforça por argumentar que, da concepção que afasta o Direito da moral não se segue uma completa ausência de critérios de apreciação da ordem jurídica, tão-somente que sua legitimidade no corpo social não se deve dar de forma automática e acrítica e, mais, que tal apreciação não pertence à ciência jurídica:

A tese de que o Direito é, segundo sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito. . . . Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar de sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever. (1997, p. 78. Grifei.).

Esta passagem de sua obra é especialmente sensível e foi duramente criticada, afinal parece dar fundamento ao processo investigado e denunciado por Hannah Arendt (2000) por meio do qual um indivíduo pode cometer atrocidades com a consciência tranquila sob a justificativa de que está apenas cumprindo ordens.

Retomarei essa importante questão ao final desta monografia, onde argumentarei que – contrariamente às ciências naturais, marcadas pela causalidade e beneficiadas pelo exercício abstrativo da reflexão a partir de condições ideais – o Direito não pode ser pensado a partir de condições ideais pois as circunstâncias em que o Direito existe não são manipuláveis, nem experimentáveis, nem previsíveis. Em termos aristotélicos, não existe uma metafísica do Direito, como teme Kelsen, e o Direito só existe como efeito real de discursos. Por ora, no entanto, importa seguir descrevendo a Teoria Pura do Direito para, a seguir, desconstruí-la.

Kelsen distingue a ciência causal da ciência normativa por seguir aquela a lei natural, marcada pela causalidade, e esta a lei jurídica, marcada pela imputação, onde a linguagem exerce papel de destaque. Assim, define a norma jurídica como o objeto da ciência jurídica, e estuda-lhe o caráter de imputação, ressaltando que há duas distintas teorias: a teoria jurídica estática, onde se estuda o ordenamento jurídico atualmente em vigor, e a teoria

jurídica dinâmica, onde se estuda o processo de formação da norma. Nega então o dever-ser no estudo do Direito, com o que busca afastar qualquer caráter ideológico da ciência jurídica, seguindo o movimento criticado por Ovídio Baptista, conforme exposto no tópico anterior.

Ao se debruçar sobre a estática jurídica, Kelsen destaca que o ilícito não é a negação do Direito, mas seu pressuposto, e que a responsabilidade é o atributo segundo o qual o indivíduo, ou a coletividade, responde à norma jurídica. No entanto, é ao tratar da dinâmica jurídica que Kelsen cunha a expressão de *Grundnorm*, inaugurando o conceito de ordem jurídica. Para fundar tal conceito, Kelsen propõe-se a investigar o que dá validade a uma norma, sugerindo que cada norma empresta sua validade da norma que lhe é superior e da qual emanou. Isso é, o autor sugere que uma norma inferior detém o atributo da validade porque foi criada por uma norma superior a ela. Para ele, há as normas de tipo estático e as normas de tipo dinâmico. As normas estáticas são consideradas “como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral” (1997, p. 217). Assim, seguindo-se a ordem de validade das normas, chegar-se-ia a uma norma fundamental, uma norma geral que emprestaria validade a todas as demais normas.

A problemática com que Kelsen se depara é que tal norma geral só poderia ser fundamento para as demais normas se o conteúdo que ela concentrasse em si fosse imediatamente evidente, isso é, se o valor que ela carregasse não fizesse remissão a nada externo a ela⁴. Em outras palavras, seria necessário que tal norma concentrasse também uma autoridade originária. Veja-se o desenvolvimento lógico de Kelsen:

Dizer que uma norma é imediatamente evidente significa que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é – como se mostrará – insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente. Quando uma norma da qual se deriva o fundamento de validade e o conteúdo de validade de normas morais é afirmada como imediatamente evidente, é porque se crê que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão – como acontece com tudo o que é consuetudinário –, é considerada como de per si evidente (natural). Trata-se, portanto, de uma norma estabelecida por um ato de vontade. A sua validade só pode, em última análise, ser

⁴ Ao fazer este exercício de intelecção Kelsen busca a todo custo livrar-se do aspecto da linguagem que Derrida nomeia *differance*. Para fazê-lo, vê-se obrigado a criar uma ficção – a *Grundnorm* – ao caracterizar o Direito como um sistema dinâmico. No entanto, a *differance* é mecanismo de que não se pode escapar e a Teoria Pura do Direito é marcada por essa limitação, aspecto a ser explorado com maior profundidade no capítulo seguinte desta monografia. Felizmente, é precisamente esse atributo que permite a instrumentalização emancipatória do Direito, conforme buscarei sustentar no capítulo final.

fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume. Esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico.

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (1997, pp. 218-219)

A partir desse raciocínio, Kelsen sugere a existência da *Grundnorm*, uma norma fundamental que concentra a origem tanto do princípio dinâmico – segundo o qual as normas seguem-se umas às outras em termos de conteúdo e, portanto, de validade – quanto do princípio estático – isto é, da instituição da autoridade legisladora:

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (1997, p. 222)

A *Grundnorm* é, a um só tempo, norma formal e material. É, no entanto – e Kelsen ressalta isso – uma norma puramente fictícia, pressuposta, exercício tão-somente de raciocínio lógico.

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a *condição de pressupormos a norma fundamental*: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. (1997, p. 225. Grifei.)

Ainda que pressuposta, tal ficção é base para toda a Teoria Pura do Direito.

Enunciada essa ficção fundadora da Teoria Pura do Direito, Kelsen passa a tratar da unidade lógica da ordem jurídica e dos conflitos de normas. Para o teórico, a norma fundamental contém a pluralidade de normas do ordenamento jurídico e, ainda assim, lhe garante a unidade lógica. Isso porque, apesar da existência de antinomias, a própria ordem jurídica traz mecanismo para a resolução delas, tema que o teórico desenvolve em profundidade, elaborando a coerência de sua teoria, remetendo, por exemplo, ao princípio de

que a lei posterior revoga a anterior. Estabelece a partir daí também a estrutura escalonada da ordem jurídica, que se apresenta como um eixo vertical em que as leis superiores criam e conferem validade às leis inferiores e estas as realizam, constituindo o que veio a ser conhecido por teoria da pirâmide kelseniana. Ribeiro e Macedo bem resumem tal teoria:

o ordenamento jurídico assume para Kelsen a representação de uma pirâmide, em cujo topo encontra-se a Constituição, abaixo as leis gerais e mais abaixo os regulamentos, negócios jurídicos e sentenças. Acima dessa pirâmide (fora dela e fundamentando-a) situa-se a norma fundamental, pressuposto de validade do sistema. Cada patamar descido dessa pirâmide representa um ato de produção; de outra parte, cada patamar subido representa um ato de execução. Noutras palavras, para Kelsen, o sistema jurídico representa um todo formado por normas superiores e inferiores, sendo as primeiras produtoras das segundas e as segundas executivas das primeiras. (2014, *online*)

Os autores então descrevem tal teoria de forma particularmente relevante para os interesses desta pesquisa:

Nisso reside, pois, a compreensão do Direito como um sistema dinâmico em Kelsen, isto é, como um ordenamento jurídico composto por normas hierarquicamente dispostas, consistente em atos formais de execução e produção. A compreensão de Direito como sistema estático . . . é justamente aquela que se centra no estudo individualizado da norma como reguladora de condutas, ou seja, em sua estrutura e em seus elementos, os quais não deixam, no entanto de remeterem às demais normas, o que se percebe à luz dos conceitos ali utilizados, eminentemente relacionais, como o de sanção, resultando daí a propriedade do uso da palavra sistema para qualificar essa análise. (2014, *online*)

Assim, a noção de Kelsen sobre o ordenamento jurídico prevê uma concepção sistêmica, total, fechada, autorreferenciada, internamente coerente e lógica, sem lacunas (ou melhor, com mecanismos internos para superar eventuais lacunas). Essa noção e esses pressupostos serão estudados mais detidamente no capítulo seguinte. Por ora faz-se necessário breve incursão à história editorial da obra *Teoria Pura do Direito*.

A primeira edição da *Teoria Pura do Direito* foi lançada no ano de 1934; em 1960 veio a segunda edição. Entre ambas as publicações, vinte e seis anos e a segunda guerra mundial. O horror do regime nazista, operado a partir do aparato estatal e por ele jurídica e legalmente legitimado, levou os críticos de Kelsen a tencionarem ao máximo as objeções que já levantavam contra seu pensamento antes mesmo do lançamento dessa obra: o absoluto divórcio entre teoria e prática jurídica e teoria e prática política (bem como sociológica, psicológica, filosófica) proposto pelo jurista teriam o nefasto efeito de esvaziar o conteúdo e caráter humano e social do Direito, com o que se abriria espaço para um Direito desumano.

O professor Fábio Ulhôa Coelho afirma que Kelsen foi muito lido e comentado *até a segunda página*, isso é, que as acusações e críticas que pesam sobre o jurista austríaco seriam injustas e resultantes de leituras incompletas e deturpadas de sua proposta (2001, p.

IX), opinião que é hoje dominante na doutrina. Penso, contrariamente, que o autor foi muito lido e comentado, *até o sétimo capítulo*. Afinal, foram vinte e seis anos até que sobreviesse a segunda edição e, com ela, o oitavo capítulo – que trata da interpretação – e uma ampliação e reformulação da teoria para acomodar tal acréscimo (o núcleo e fundamentos da teoria mantiveram-se inabalados). Se a teoria contém coerência interna, isso não a exime de sua relação com os efeitos que ela gerou noutros discursos e no mundo, tema que abordarei no tópico 3.3 desta monografia.

Os sete primeiros capítulos da obra tratam da pureza metodológica. No oitavo capítulo quebra-se essa lógica. É de se ressaltar que nesse capítulo o autor se preocupa com a interpretação da norma jurídica, e não dos fatos, afinal, a norma é para ele o objeto de estudo da ciência do direito. O jurista entende a norma como um sentido, um significado, mas não aquele significado da interpretação, e sim um sentido objetivo de um ato de vontade. Isso é, o autor entende que a função do Estado é a de criar e aplicar normas, premissa que embasa a hierarquia das normas: as normas de hierarquia superior fundamentam a validade das normas de hierarquia inferior, sendo que toda aplicação de uma norma superior é a construção de uma norma inferior, e toda construção de uma norma inferior é a aplicação de uma norma superior.

A partir dessa noção, o autor afasta a tese de univocidade semântica: segundo ele, todo texto admite múltiplos significados, de forma que o Direito, enquanto texto, é sempre semanticamente plurívoco. O ato interpretativo é, a um só tempo, ato de conhecimento (delimitação da moldura da norma dentro da qual vários sentidos são válidos) e ato de vontade (uma escolha de uma dentre as várias possibilidades válidas). Esse ato de vontade constitui um fecho do processo interpretativo, orientado por algum critério avaliativo, no entanto, a interpretação como ato de vontade é um sentido subjetivo que Kelsen julga estranho à ciência jurídica, diante do que o autor ressalta que o objetivo da ciência do direito é descrever os vários significados que o texto jurídico admite, isso é, delimitar a moldura da norma, sem propor qualquer metodologia para essa análise subjetiva, tarefa que cabe ao aplicador do Direito

CAPÍTULO II – O DESCONSTRUTIVISMO

A teoria e método desconstrutivista partem do pressuposto de que todo e qualquer discurso que se pretenda coerente precisa, para construir essa sua ficção, excluir muita coisa. De certa forma, então, isso que fica de fora lhe é constitutivo, afinal, é através do amoldamento do discurso ao redor disso que ele exclui, de forma a não tocá-lo que lhe constitui a forma e o conteúdo. É ao afirmar-se não ser aquilo que o discurso exclui que ele se afirma no que é e fica desse modo indelevelmente marcado por essa ausência ficta. Tais exclusões, contudo, ficam sobejamente marcadas no discurso coerente. Diante desses pressupostos, a teoria e método desconstrutivista propõem a investigação desse desejo excludor através das marcas da exclusão no discurso. Debruçam-se, os desconstrutores, sobre os apartes, os excetuados, as notas de rodapé (inscritas ou não), as margens. De certa forma, denunciam o que parece funcionar somente em CNTPs, trazendo à realidade o que se pretendia ideal.

Conforme estabeleceremos neste capítulo, o paradigma racionalista que é predominante no Direito é pleno de tais marcas. Ele crê-se uma totalidade porque prevê mecanismos para tratar até mesmo de suas exceções e imprevistos, como é o caso da cláusula que tipicamente encerra um Edital: “os casos omissos neste Edital serão decididos de tal maneira”. Em razão disso, o Direito é um campo aberto para a exploração desconstrutivista. E com grande proveito porque se trata de visibilizar o que jaz em seus discursos não-declarados. É o que se busca neste capítulo: expor os fundamentos do desconstrutivismo e aplicar seu método a uma análise do Direito em seu paradigma racionalista.

2.1 As revoluções científicas e o paradigma racionalista do Direito

O Juspositivismo, comentado em tópico anterior, relaciona-se com a corrente fundada por Auguste Comte, o Positivismo, corrente essa que encontrou inicialmente grande aceitação e difusão, mas que veio a se tornar extremamente desprestigiada, conforme comenta Alfredo Bosi ao tratar da presença do Positivismo no Brasil, descrevendo sua ascensão e declínio no globo:

Há pelo menos três gerações, o termo positivismo vem conhecendo baixa citação entre os estudiosos de ciências humanas. Antropólogos, historiadores, críticos

literários e pensadores das mais variadas tendências têm visto nos métodos positivistas de fazer ciência uma regressão aos determinismos do século XIX. O alvo comum a ser combatido seria o seu vezo factualista (“contra fatos não há argumentos...”); vezo que ignoraria o drama das relações intersubjetivas e, em escala maior, o movimento contraditório da História ao qual, desde Hegel e Marx, se dá o nome de dialética.

O positivismo seria a hegemonia da coisa espacializada, mensurável, impenetrável, portanto, opaca e inerte. Banido das interpretações macrohistóricas pela sociologia da cultura e pelo marxismo aberto de Benjamin e Adorno; expulso da crítica literária pelo intuicionismo de Croce e da estilística espanhola ou, mais recentemente, pela semiologia prazerosa do texto de Barthes; rejeitado, desde Bergson, por filósofos prestigiosos do século XX, Heidegger, Jaspers, Sartre e Foucault, o discurso “positivo” acantonou-se e afinou-se no empirismo lógico que dá prioridade ao único “fato” ubíquo e incontestável, a linguagem, a qual, por sua vez, fala de fatos como o signo fala de coisas e de suas relações. Foi o que restou de uma doutrina tão segura de si que pretendia enfeixar no seu sólido sistema todas as realidades inorgânicas, orgânicas e superorgânicas (sociais), na esteira do mestre Auguste Comte. A sua enciclopédia das ciências culminava com a mais complexa de todas, a sociologia, que ele próprio criara e batizara com nome híbrido de latim e grego. (2001, pp. 18-19)

Contrariamente à sorte da doutrina Positivista como um todo, no entanto, o Juspositivismo continua a gozar de grande aceitação, sendo o paradigma atualmente dominante do Direito. É esse o tema do capítulo introdutório do professor Ovídio Batista, que, para situá-lo, traduz para as ciências humanas e sociais a proposta de estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn, situando-a no universo jurídico brasileiro para revelar-nos que o racionalismo cientificista é, ainda, o paradigma dominante em nossa cultura jurídica.

O mestre gaúcho parte de uma discussão acerca da ideologia, revisitando o desenvolvimento histórico desse conceito e alertando para dois riscos sempre presentes em discussões sobre esse tema:

O primeiro está representado pela tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um “ponto de Arquimedes” que nos permita o acesso privilegiado à verdade absoluta. O “outro” é que, não alcançando a “nossa” verdade, teriam eles o pensamento distorcido por falsas noções, mistificadoras da realidade. O “outro” é que não consegue atingir a “nossa” verdade, tida como a única e, enquanto verdade, eternamente válida. É a marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a “realidade”, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido de irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso “mundo” seja o único possível. (2006, pp. 8-9)

Assim, denuncia a ideologia da “neutralidade quanto a valores com que se pretendeu construir o Estado Moderno” (2006, p. 9). Segundo o jurista, é o racionalismo que embasa tal concepção, afinal, convence-se o racionalista que ele próprio superou sua própria historicidade para atingir o conhecimento verdadeiro, sendo característico do “pensamento conservador . . . essa “naturalização” da realidade que ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torna-se, a seus olhos, ideológico” (2006, p. 15).

Ovídio Baptista passa então a ponderar acerca das “raízes ideológicas que presidem o sistema processual, mantendo seus compromissos com o Racionalismo”, denunciando que é desse compromisso que “provém a suposição de que a lei jurídica seja uma proposição análoga às verdades matemáticas” (2006, p. 15) e argumentando que o “sentido a-histórico de nossas instituições liga-se a este pressuposto” (2006, p. 17). O jurista segue, argumentando que

É daí que parte a premissa metodológica para sustentar que a norma jurídica, como uma equação algébrica, somente admite um resultado “certo”. Daqui é que devemos, portanto, extrair a seguinte conclusão: se a norma jurídica assemelha-se a uma proposição algébrica, será impensável supor que ela tenha “duas vontades”; que possa permitir a seus aplicadores uma dose, mínima que seja, de discricionariedade. Para o sistema, a norma jurídica deverá ter, consequentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. (2006, p. 17)

O jurista aponta então para a limitação do pensamento moderno, que

embora devesse, não alcança a autocompreensão de sua própria historicidade. Imagina-se que as verdades com que hoje laboramos – ou seja, os pressupostos paradigmas sobre os quais elas são construídas – representem o último estágio da perfeição humana. A mudança de paradigma é que se torna impensável aos nossos padrões mentais. (2006, p. 18)

Dito isso, Ovídio Baptista assevera que “os dois principais compromissos ideológicos inerentes à nossa compreensão do Direito e da missão do Poder Judiciário revelam-se claramente: a ideia que o juiz somente deve ‘respeito à Lei’, sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política” e

a tirania exercida pela economia sobre o resto. A função do poder Judiciário não é mais fazer justiça, porém acalmar o mercado. As duas questões são decisivas para a compreensão não apenas do compromisso assumido pelo Direito com o Poder, mas igualmente para relevar o componente conservador que sob elas se oculta. (2006, pp. 21-22)

Seguindo na análise da influência do Racionalismo no Direito, Ovídio Baptista expõe que

Ao tratarmos de nossas instituições processuais, veremos que o compromisso com o Racionalismo que as aprisiona empresta um caráter ideológico a todo sistema, precisamente por representar, hoje, um “modo de pensamento” anacrônico, superado pelo desenvolvimento histórico que nos separa do Iluminismo do século XVIII. . . . (p. 22)

É o que fizeram, por exemplo, Leibniz e Savigny, segundo exposição do mestre gaúcho, que assevera que “o racionalismo procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica” (p. 26). Problematicando a questão, Ovídio Baptista argumenta que “Leibniz dizia que a moral era uma ciência capaz de demonstração, como qualquer teorema matemático”, aduzindo ter sido este

um dos pressupostos de que se valeu o Iluminismo para eliminar na instância judiciária qualquer veleidade de criação jurisprudencial do direito.

A produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. . . .

Como uma equação algébrica dispensa, mais do que dispensa, torna impossível qualquer labor interpretativo, para os filósofos do Racionalismo, o mesmo haveria de ocorrer com o Direito. . . . (2006, pp. 26-27)

Por fim, o jurista resume:

A dogmática exerceu, portanto, um duplo papel: a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do direito instituído no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida. (2006, p. 27)

Desenha então sua crítica a tal paradigma:

O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuraram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da “vontade do legislador”, consequentemente a expressão da vontade do poder constituído. Como diria Cappelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus “consumidores”. . . .

Depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, e de tudo o que apreendemos com o chamado realismo americano . . . nosso sistema permanece petrificado, na suposição de que os juízes continuam irresponsáveis, enquanto a “boca da lei”, como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a “vontade da lei” (Chiovenda).” (2006, p. 27)

Contempla-nos então com sua leitura acerca do Direito

Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão*, não uma ciência *explicativa*; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente *discrecionário*. (2006, p. 28)

O jurista então apresenta o conceito de revolução científica de Thomas Kuhn, a adaptando para as ciências sociais e, especificamente, para o Direito. Segundo Ovídio Baptista, “Thomas Kuhn concebeu o conceito de *paradigma* para as ciências naturais, originariamente para a astronomia, nunca para as ciências sociais, tornando-se, por isso, um tarefa delicada transferi-lo para o campo do Direito” (2006, p. 29). Convince-nos, no entanto, que para isso basta-nos

ter presente [a conclusão de Kuhn] de que toda concepção científica estará, necessariamente, alicerçada em determinados pressupostos, aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. Sobre estas premissas, indicadas por ele como *paradigmas*, é que a ciência não apenas se constrói, como somente através delas se torna possível como ciência *normal*, em oposição ao que ele denominou “ciência revolucionária”.

Segundo Kuhn, a história das ciências não deve ser estudada supondo-se, como a historiografia tradicional imagina, que o progresso científico se dá através da acumulação contínua das conquistas obtidas pelas gerações precedentes, de modo que se pudesse descrevê-lo como um processo *evolutivo*. Para Kuhn, ao contrário, a ciência progride significativamente por meio de *revoluções*, não por *evolução*.

As revoluções científicas ocorrem esporadicamente, quando um determinado *paradigma* deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas,

provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência. A quebra de um determinado *paradigma* e sua substituição por outro é o que ele denomina “revolução científica”. Vê-se portanto que, para Thomas Kuhn – esta é a consequência de maior relevo de sua teoria –, a ciência, qualquer que ela seja, estará necessariamente comprometida com um determinado *paradigma*. As verdades científicas são, segundo ele, produtos históricos obtidos pelo trabalho de uma ou de várias gerações, a partir, porém, de certas premissas que lhe servem de suporte e que, enquanto *paradigmas*, não são questionados pelos cientistas. (2006, pp. 30-31)

Conforme apontado no capítulo anterior, Kelsen buscou construir uma teoria do Direito pura, isenta de qualquer ideologia. Com a exposição do professor Ovídio Baptista, no entanto, a ideologia subjacente ao discurso kelseniano vem à tona e sua prevalência em nosso sistema jurídico é ressaltada. Conquanto seja possível divisar, neste momento histórico, movimentos que parecem apontar para uma mudança do paradigma vigente – tais quais o pluralismo jurídico, as teorias interseccionais, o novo constitucionalismo latino-americano, os estudos críticos do direito – e mesmo tendo em conta que esta monografia visa dar contribuição nesse sentido, é inegável que nenhuma revolução científica – na definição de Kuhn, adaptada por Batista – se operou na ciência do direito. É em razão disso que esse – o paradigma jurídico positivista – constitui o objeto deste estudo.

2.2 Direito e *différance*

Em sua primeira obra de grande peso – Gramatologia, lançada em 1967 – Derrida eleva uma série de conceitos para apontar a composição de um quadro binário, mas de forma a expor sua própria maquinação, propondo o que se pode denominar uma reavaliação dos eixos. Com isso, Derrida

minou as bases do estruturalismo, ao criticar o idealismo do signo segundo Saussure (seu dualismo significante/significado, que pressupõe a representação), os modelos racionalizantes usados na linguística, na antropologia e na crítica literária daquele momento (*A Escritura e a Diferença*, 1967), e introduziu os conceitos de logocentrismo e *diferência* [*différance*] (*Da Gramatologia*, 1967). (PERRONE-MOISÉS, 2004, p.215)

Mas a autora Perrone-Moisés ressalta que o fim do estruturalismo foi “decretado no interior do próprio movimento, em certos casos pelos mesmos teóricos que o haviam teorizado” (2004, p. 215).

Derrida, dentro desse movimento, opõe e eleva a escrita (ou a escritura), à voz, ao fonologismo (ou logocentrismo), ao idealismo, à filosofia ocidental e ao etnocentrismo. Opõe,

também sobrelevando, o corpo ao espírito; a violência à verdade; a *différance* à presença; a relação significante/significante à relação significante/significado; o jogo diferencial, a articulação, a usurpação, a monstrosidade a deformidade e a violência à plenitude e à presença; o texto ao livro. A partir daí, as principais características do pós-estruturalismo foram:

a atomização dos objetos e dos pontos de vista, em oposição ao projeto totalizador do estruturalismo; rejeição da razão como universal ou fundacional; o descentramento do sujeito; o interesse pelas diferenças, exclusões e margens; o interesse pela história e pela cultura como *constructos* discursivos; a dissolução das fronteiras entre as disciplinas. . . . Algumas palavras-chave foram entronizadas e depois sacralizadas: diferença, desejo, outro, margem, deriva. O que o pós-estruturalismo mantinha do estruturalismo era a atenção à linguagem, agora encarnada no discurso; a desconfiança nas ‘asserções de verdade’, a concepção da ‘significação’ como um jogo de relações e diferenças. (PERRONE-MOISÉS, 2004, p. 218)

Segundo o professor David Musselwhite⁵, Derrida parte da noção de que, muito embora a escrita seja externa ao sistema interno (da voz), é impossível simplesmente ignorar um dispositivo empregado incessantemente para representar a linguagem, sendo imperativo reconhecer sua utilidade, seus defeitos e seus perigos. Para fazê-lo, reconhece-se a exterioridade da escrita, típica dos instrumentos e, especialmente, dos instrumentos imperfeitos, uma técnica perigosa, que pode até mesmo ser reconhecida como maléfica. Não por outro motivo, segue o professor, a tradição filosófica ocidental, desde Platão até Lévi-Strauss, depreciou a escrita, a qualificando como uma forma de expressão vazia e sem vida, ao passo que consistentemente celebrou a voz viva.

Partindo desse entendimento, Derrida desenvolveu uma forma de leitura que contraria nossos hábitos de leitores ocidentais. Esse novo hábito de leitura veio a ser denominado abordagem desconstrutivista, cuja história e desenvolvimento são bem narrados pela professora Perrone-Moysés:

A palavra desconstrução é, à primeira vista, negativa. Parece ser o contrário de *construção*, e sinônimo de *demolição* ou *destruição*. . . . Por ter sido vista assim, a desconstrução foi acusada de niilismo e de irracionalismo. Na verdade, ela não é nada disso, e somente aqueles que não conhecem bem a obra de Derrida podem fazer essas associações. . . .

Então o que é a desconstrução? Primeiramente, uma palavra. Foi nos EUA que o pensamento de Derrida e de seus seguidores foi chamado de desconstrução, e tornou-se um rótulo. Derrida havia usado ocasionalmente o verbo *desconstruir* e o substantivo *desconstrução*, e quando esta última palavra foi tomada como a designação de uma doutrina filosófica ou de um movimento programático, com princípios e métodos fixos, o filósofo lutou. . . contra isso.

⁵ Na disciplina “*Approaches to Text*” ministrada na *University of Essex* na primavera de 2008.

“O que foi chamado desconstrução”, como ele costuma dizer, é uma leitura minuciosa de textos da tradição ocidental (textos filosóficos e literários), para “desconstruir” seus pressupostos idealistas, dualistas, logocêntricos, etnocêntricos. Nesse sentido de crítica textual, a desconstrução é uma versão mais refinada da ‘desmontagem’ estruturalista, com base filosófica anti-totalitária e anti-idealista. A enorme tarefa proposta por Derrida, desde os seus primeiros livros, é a desconstrução da metafísica ocidental, remanescente do platonismo, com seus conceitos de *origem*, de *finalidade*, de *verdade* e de *representação*. Para fazer essa crítica, Derrida se propôs a desfazer os dualismos que constituem o idealismo, e criou a noção de *diferência* (*différance*), a partir do jogo de palavras que o francês permite (*différence/différance*). A *diferência* remete tanto às diferenças (semânticas, genéricas, históricas, étnicas, culturais etc.) como ao adiamento do sentido final, da verdade estabelecida uma vez por todas. (2004, pp. 221-222)

Na linha da argumentação da professora, portanto, há duas visões possíveis acerca do ato interpretativo: a primeira, que marcou o pensamento ocidental e que resiste fortemente até hoje, é a noção de que o ato de interpretar implica uma decifragem através da qual se atinge uma verdade interior ou originária, intocada pelo jogo e pela ordem da linguagem e que habita a possibilidade de interpretação como uma fuga, um exílio. A segunda visão abandona a concepção da origem, reafirmando o jogo da linguagem e sua inescapabilidade. Essa é a vertente derridiana. Trata-se, em resumo, da concepção de que todo e qualquer discurso, para construir-se de forma coerente, precisa promover uma série de exclusões, de negações, de apagamentos, diante do que se conclui tanto pela sua artificialidade quanto para o aspecto altamente constitutivo daquilo mesmo que tais discursos buscam afastar. Em outras palavras: aquilo que um discurso exclui é que o constrói, ou ainda, todo discurso é moldado ao redor do que ele busca excluir, de forma que suas negações é que lhe são constitutivas. Ao se apontar isso em um discurso, não se está a promover uma desconstrução, mas a apontar que a desconstrução habita aquele discurso.

É por operar de tal maneira que a desconstrução é uma forma de crítica filosófica, uma forma de crítica específica, que não

é exercida de fora, a partir de pressupostos ideológicos, ou visando à afirmação de verdades. Ela é exercida *dentro* do discurso ocidental, pois é dele mesmo que o filósofo se serve para criticá-lo. A desconstrução põe, assim, em permanente risco, em permanente processo, seu praticante. E ela é tarefa infinita, pois ela desloca permanentemente, sem jamais se deter numa positividade. A desconstrução não é dialética, ela não trabalha com três instâncias (tese, antítese, síntese) mas introduz (ou re-introduz) uma quarta, a negatividade da dúvida, que empurra a análise sempre para a frente, diferindo a síntese. Por essas características, a desconstrução pode irritar quem procura certezas, ou não tem a devida paciência para acompanhar a fala ou a escrita derridianas, que são prolíficas, prolixas e minuciosas, preferindo tachá-las logo de perigosas ou inúteis. (PERRONE-MOISÉS, 2004, pp. 222-223)

Na prática, o desconstrutivismo se trata de um exercício de se debruçar sobre algum aspecto aparentemente periférico da obra analisada – uma nota de rodapé, um termo ou imagem diminuta porém recorrente, uma alusão casual – e explorá-lo profundamente ao ponto de se

ameaçar abalar (desestruturar, desconstruir) a própria estrutura de oposições que governam o texto. Por exemplo, Derrida não crê ser possível abalar a metafísica sem usar seus próprios conceitos. Não temos linguagem – não há sintaxe, não há léxico – alheia a essa narrativa; não se pode enunciar uma proposição destrutiva sequer que já não tenha se contaminado da forma, da lógica e das postulações implícitas daquilo que se pretende contestar.

Como ressalta a autora Perrone-Moisés, esse exercício nada tem a ver com uma prática destrutiva de norte niilista pois, segundo a autora,

a sua prática tem uma motivação positiva, a crença de que sempre se pode ser mais lúcido, e de que os conceitos precisam de um permanente reajuste. Ela não é irracionalista, porque se pratica de modo racional, acreditando numa possibilidade de ‘mais Luzes’, ou de ‘outras Luzes’, ‘reinventadas’, como [Derrida] costuma dizer. (2004, p. 223)

O procedimento desconstrutivista consiste, portanto, em uma prática política que “coloca tudo em dúvida, em movimento, em re-pensamento” (PERRONE-MOISÉS, 2004, p. 223). Diante disso, os paradigmas naturalizados passam a ser investigados e abre-se espaço para a crença, por exemplo, na justiça, o que motiva Derrida a dizer que “a justiça é irreduzível ao direito, mas não há direito sem uma ideia de justiça” (PERRONE-MOISÉS, 2004, p. 223). Derrida não é um relativista pois ele opera a partir de dentro dos paradigmas, expondo sua ficção.

2.3 As limitações do ordenamento jurídico enquanto sistema

Conforme já exposto, a abordagem desconstrutivista consiste na exposição da presença do discurso latente no discurso patente, buscando apontar o caráter constitutivo de tudo quanto é negado por um discurso na construção de sua coerência interna. Antes de me lançar ao exercício de desconstruir o Direito em seu paradigma racionalista juspositivista kelseniano, no entanto, gostaria apenas de apontar uma aproximação entre Kelsen e Derrida: é que a proposta de Kelsen, segundo Ribeiro e Macedo (2014, *online*), era a de, à moda de Kant, contestar as bases metafísicas do Direito, constituindo a Ciência do Direito, a Teoria Pura do Direito. A proposta de Derrida, por sua vez, segundo Perrone-Moisés, era a de “desconstruir a metafísica ocidental, remanescência do platonismo, com seus conceitos de origem, de finalidade, de verdade e de representação” (2004, p. 222). Assim, vê-se que o propósito de ambos é comum, os dois autores buscam atacar o discurso metafísico. Divergem, no entanto, em método primando aquele pelo fechamento, pela construção da coerência, pela

busca da certeza através da negação pura e simples da metafísica; Derrida, por sua vez, prima pela abertura, pela noção da impossibilidade da coerência, pela habitação na incerteza através do reconhecimento de sua inescapabilidade.

O método de Derrida opera por dentro do próprio discurso, e me proponho neste trabalho a ver operar por dentro do próprio discurso a concepção racionalista do direito, que segue sendo a concepção jurídica prevalente (SILVA, 2006). Não o faço a toa. Faço-o porque urge a instrumentalização do Direito a serviço da emancipação dos oprimidos, algo que creio podemos começar a sonhar se começarmos a abandonar as certezas muito naturais, claras e coerentes que o discurso patente dominante do Direito busca nos convencer que possui, ocultando nesse procedimento seu propósito altamente conservador, mantenedor das estruturas sociais vigentes e, por conseguinte, do status quo que é marcado pela assimetria de poder entre opressores e oprimidos. É por isso que a perspectiva proposta parte desta posição, deste espaço de enunciação ex-cêntrico do mundo: a periferia acadêmica de um país na periferia do mundo⁶.

Conforme expus em passagem anterior, a noção de Kelsen sobre o ordenamento jurídico é sistêmica, total, fechada, autorreferenciada, internamente coerente e lógica, sem lacunas (ou melhor, com mecanismos internos para superar eventuais lacunas). Ao realizar o exercício intelectual de propor uma Teoria Pura do Direito, Kelsen busca a todo custo livrar-se de seu aspecto linguístico e, com isso, do mecanismo da *différance* na linguagem, identificado por Derrida. Para fazê-lo, vê-se obrigado a criar uma ficção – a *Grundnorm* – ao caracterizar o Direito como um sistema dinâmico. No entanto, a *différance* é mecanismo de que não se pode escapar e a Teoria Pura do Direito é marcada por essa limitação. Felizmente, é precisamente esse atributo que permite a instrumentalização emancipatória do Direito, conforme buscarei sustentar no capítulo final.

Os diversos autores que se postaram de um ou de outro lado das duas grandes vertentes do direito – jusnaturalismo e juspositivismo – depararam-se com as limitações típicas dos artifícios criados pelo homem e pela sociedade, oferecendo distintas propostas para lidar com elas. Dentre os que defendem a primazia dos valores morais – como a justiça – no campo de estudo, interpretação e aplicação do direito, pode-se, à guisa de exemplo, citar Karl Larenz, que delineia, como problemas – limitações do sistema – que demandam um método interpretativo específico, as “lacunas da lei”, os “silêncios (eloquentes) da lei” e as “falhas da

⁶ Faço menção aqui às concepções do professor Fábio Luiz Lopes da Silva de que, não apenas habitamos a periferia global, o sul do mundo, como também nos encontramos, aqui em Florianópolis, no sul dessa periferia ao não constituirmos, por exemplo, o eixo Rio-São Paulo que pauta e representa a academia nacional

lei”, diante dos quais propõe seis métodos interpretativos⁷. Para Larenz, o Direito precisa ter duas qualidades: completude e não-contradição, sendo que o Direito prevê mecanismos para lidar com problemas dessa ordem, como a analogia, as regras e princípios de resolução de antinomias ou mesmo a noção de que o silêncio da lei é intencional, firmada no axioma “o que não é proibido é permitido”.

Chaïm Perelman, também jurista da linha argumentativa pós-positivista, propõe uma nova retórica, onde sugere que quanto mais democrática uma sociedade, maior importância e relevo recebe a argumentação. Para o autor, numa sociedade autoritária a força é que tem importância, impondo-se a vontade através dela. Não é que o argumento não seja importante nas sociedades autoritárias, onde o argumento (por exemplo, a propaganda) serve para legitimar a força. Mas nas sociedades democráticas o argumento é que tem maior relevância, o que, no mundo jurídico, se reflete, por exemplo, na necessidade de que toda decisão seja fortemente fundamentada e amparada por grande discussão. Diante disso, o autor defende que o caráter contraditório é a mais forte marca da democracia.

Vê-se que o aspecto dúbio da linguagem é explorado e examinado por todas as vertentes da teoria jurídica. O texto, mesmo o texto do Direito, se expressa em linguagem ordinária e, portanto, imprecisa, dúbia, plurissignificativa. Diante disso, ele dá sempre margem a incompreensões, lacunas, contrariedades. No entanto, ao passo que as correntes de cunho pós-positivistas abraçam essa contrariedade e não a tentam apagar, o paradigma positivista racionalista, ainda prevalente, conforme elaborado no tópico 2.1, é marcado por um desconforto com tal característica e pela busca de meios para afastá-la e recusá-la. O fato de o Juspositivismo buscar excluir isso faz com que, precisamente essa característica, lhe seja constitutiva, se observado a partir de uma perspectiva desconstrutivista.

Assim, o Direito, em seu paradigma racionalista, se oferece à abordagem desconstrutivista por uma série de aspectos e atributos. Considerando que proceder a uma abordagem desconstrutivista do Direito requer maior fôlego e dimensão do que admitido em uma monografia de conclusão de curso, selecionei tópicos recorrentes da obra de Kelsen que me pareceram especialmente suscetíveis à análise desconstrutivista.

⁷ Por extravasar os limites desta monografia, cito-os apenas: 1- Sentido literal; 2- Contexto significativo; 3- Intenção reguladora do legislador; 4- C.T.O. (critérios teleológicos objetivos) norteados para os princípios ético-jurídicos; 5- C.T.O. (critérios teleológicos objetivos) norteados para o âmbito normativo; 6- interpretação conforme a Constituição (remessa ao ordenamento jurídico).

Uma instância importante de se destacar é a crença motivadora de Kelsen de que o arcabouço teórico que ele estava propondo seria isento de ideologia, no sentido de ser absolutamente objetivo, descritivo, não maculado por ideais:

Se por “ideologia” se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por “realidade”, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito Positivo se tem de manter isenta de ideologia (neste segundo sentido da palavra). (1997, p. 117)

No entanto, a partir da brilhante exposição de Ovídio Baptista, explorada em maior profundidade noutra parte deste trabalho, revela-se que o paradigma racionalista seleciona e eleva valores, constituindo também uma forma de ideologia. Está nas próprias palavras de Kelsen e uma leitura desconstrutivista permite essa percepção. No excerto acima, o autor destaca que é a presença de juízos de valor subjetivos que marcariam a existência de uma ideologia, sem se dar conta de que os termos mesmos que ele emprega, tais como “realidade natural” e “descrição”, são por ele selecionados como valores a serem buscados. A objetividade que ele busca é, não menos que a subjetividade que ele recusa, um valor social, e um tipicamente marcado na historicidade de sua obra

Uma outra passagem especialmente marcante é quando Kelsen busca construir a unidade lógica da ordem jurídica:

e) A unidade lógica da ordem jurídica; conflitos de normas

Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. *Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem.* Não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. Quer dizer que eles põem atos cujo sentido subjetivo é um dever-ser e que, quando este sentido é também pensado (interpretado) como o seu sentido objetivo, quando esses sentidos são considerados como normas, estas normas entram em conflito umas com as outras. Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Assim sucede, por exemplo, quando uma das normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido). Este conflito não é, como anteriormente mostramos, uma contradição lógica no sentido estrito da palavra. . . . (pp. 228-229. Grifei.)

Creio que nesse excerto fica bastante claro o ato consciente de Kelsen de que ele estava elaborando uma abstração e que, por isso, era importante construí-la de forma coerente. O fato de que a *Grundnorm* era uma norma pressuposta é deixado de lado para que o autor possa

afirmar que é essa norma fundamental que confere e constitui a unidade na pluralidade das normas, com o que se passa ao largo das contradições possíveis – e efetivas, ele mesmo o afirma – dentro do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, Kelsen admite que sua teoria vê a ordem jurídica como um sistema coerente porque ela se conforma com uma norma pressuposta, artificialmente criada para conferir coerência para o sistema. Trata-se de uma tautologia: a norma fundamental existe para conferir coerência ao sistema, ao passo que o sistema é coerente porque há uma norma fundamental que lhe confere coerência.

Conforme a breve análise desconstrutivista dessas passagens permite observar, tudo aquilo que o Juspositivismo de matriz kelseniana busca extirpar do Direito – a ideologia, a contrariedade, - lhe constitui fortemente. Kelsen, em seu prefácio à segunda edição – aquela, que se seguiu à Segunda Guerra Mundial e que acrescentou um capítulo sobre a interpretação – assevera que é a ausência dos critérios que ele pressupõe na criação de sua teoria que dá margem para arbitrariedades e excessos por parte dos operadores, pois a noção que lhe parece oposta sugere uma automática legitimação do direito positivado, ao passo que sua teoria requer a observância de critérios rígidos para que uma lei seja considerada efetivamente como lei, como norma de conduta. No entanto, deixa de perceber que os critérios que ele seleciona são valores também sujeitos à análise subjetiva.

Os maiores fantasmas da Teoria Pura do Direito, constantemente e reiteradamente afastados por Kelsen em sua composição, são a ideologia, a política jurídica, a insegurança, o relativismo moral. No entanto, a despeito de seu constante esforço de, por decreto, afastar tais características na enunciação de sua teoria, elas a marcam de forma notável, conforme o professor Ovídio Baptista logrou expor e conforme busquei evidenciar nas passagens aqui analisadas.

CAPÍTULO III - O DIREITO À LUZ DO DESCONSTRUTIVISMO: UM PROJETO EMANCIPATÓRIO

“É no sonho e na percepção . . . que eu ‘contorno’ a dívida e reconquisto um solo de certeza”. (DERRIDA, 2009, p. 66).

Formulada esta pesquisa dentro dos padrões acadêmicos tradicionais, não consegui evitar que sua forma se conformasse a tais padrões, de forma até bastante óbvia. Assim, foi redigido o trabalho apresentando-o em três capítulos: duas premissas e uma conclusão, ou, ainda, tese, antítese e síntese. Este é o capítulo conclusivo, ou melhor, o capítulo-síntese, ainda que se resguardem algumas notas ao título próprio de considerações finais. Se no primeiro capítulo tratei do Direito como um discurso baseado em um paradigma racionalista que lhe impregna de uma intenção sistêmica dotada de completude, autorreferencialidade, coerência interna e – especialmente gravoso – calcado em um ideal que o faz passar por neutro, busquei apontar no segundo capítulo a artificialidade com que tais características são erigidas e as consequências disso emanadas (limitações que lhes são próprias), bem como denunciar o norte político que orienta tal construto, a partir do instrumental teórico-metodológico do desconstrutivismo derridiano, sinalizando para a importância de se instrumentalizar o Direito para propósitos emancipatórios. Responder a essa sinalização é o que cabe a este terceiro capítulo, onde, de certa forma, aponto para um fim, um porquê de se aplicar o desconstrutivismo tratado no segundo capítulo ao Direito denunciado no primeiro capítulo. É que não há o que justifique a crítica pela crítica, não aqui, na academia à periferia do mundo globalizado. Trata-se, este capítulo, da proposta de um projeto emancipatório através do Direito. Para que a desconstrução não seja acusada de ensejar apatia ou conformismo político.

3.1 O Direito como instrumento da emancipação humana

A questão acerca da possibilidade de o Direito poder ou não servir a propósitos emancipatórios não é original. De um ou de outro modo, desde Hegel e Marx muito se discute

sobre as relações possíveis entre estrutura e superestrutura, com posicionamentos brilhantes de cada dos muitos lados da controvérsia.

Audre Lorde, por exemplo, argumentou brilhantemente pela impossibilidade de se desestruturar a morada do senhor valendo-se para isso das ferramentas do próprio senhor. Em seu famoso enunciado: “as ferramentas do mestre jamais poderão dismantelar a casa-grande”. Segundo a autora, jamais se poderá se utilizar das ferramentas disponibilizadas pelos sistemas opressores para romper com a cadeia de opressão. Lorde defende a necessidade de desenvolvimento de um novel instrumental teórico, lexical, sintático para tal atividade emancipatória, em um processo que permita a autodeterminação e responsabilização de seus atores, através da ação comunitária, através da união dos oprimidos. Através dessa perspectiva, o Direito, tal como está posto, não poderá ser o instrumento da emancipação, pois seu sistema foi engendrado para garantir o *status quo* e as relações de poder estabelecidas. Nessa perspectiva, somente uma mudança de caráter revolucionário poderia estatuir uma nova forma de relação entre as pessoas.

Para Mikhail Bakhtin, o Direito se apresenta como que em dois mundos, o da teoria e o da vida. O autor da heteroglossia reconhecia que a realidade, a vida, é incomensurável em sua plenitude e variedade, irredutível, ao passo que a teoria é o exercício, por excelência, da redução, da generalização, da abstração. Diante disso, conquanto fosse desejável uma real aproximação entre tais mundos, o exercício é puramente ideal. Assim, a partir dessa perspectiva, o Direito pode ser compreendido como uma multiplicidade de vozes e uma discrepância entre o que é teorizado e o que é praticado.

Pierre Bourdieu, por sua vez, nos fala das estruturas estruturantes, ou seja, daquelas estruturas cuja artificialidade revela seu fabrico, mas que detém a função elas mesmas de engendrar novas estruturas. O Direito é, seguramente, uma estrutura com tal característica pois no Direito se observa, por exemplo, sua propriedade autorreguladora: na perspectiva kelseniana, a Lei Maior estabelece a forma e o conteúdo, a maneira como as Leis abaixo dela se estabelecerão, ao passo que a Lei Anterior (*Grundnorm*) justifica e dá validade a todo o sistema. Nessa perspectiva, o diálogo entre estrutura e superestrutura é mutuamente impactante e reciprocamente constitutivo.

Para Roland Barthes, a constituição de um mito se dá através de uma segunda ordem de significação, em que o processo de significação inicial fica obliterado conforme as circunstâncias materiais mudam, e a forma subsiste às mudanças materiais. Penso que no Direito se opera mecanismo semelhante, através do qual estruturas jurídicas são eternizadas e naturalizadas, subsistindo até mesmo às mais abruptas mudanças materiais, diante do que um

trabalho de desnaturalização, de resgate histórico seria iluminador e potencialmente revolucionário.

Para Judith Butler, é precisamente a citacionalidade, a reiteração que permite um emprego inovador, transformador, destruidor das estruturas, através, por exemplo, do pastiche e da ironia. Assim, uma mesma estrutura em circunstâncias distintas gera resultados diferentes, propiciando uma mudança contextual.

O que todas essas concepções carregam em comum – além de terem como objeto de reflexão a relação entre o que está posto e as possibilidades e meios de mudá-lo – é que cada uma delas carrega uma noção de destruição e de criação. Para umas há algo que se possa aproveitar – ou ainda não se pode evitar partir do que está posto –, para outras é imperativo destruir tudo, começar do zero. Todas essas concepções, no entanto, entendem que são necessário instrumentos para engendrar mudanças, e que tais instrumentos se tratam de mecanismos criados no âmbito sociocultural, partindo mormente do campo da linguagem.

Nesta pesquisa busquei investigar essas possibilidades especificamente aplicadas ao campo do Direito e do paradigma racionalista que o dirige. Conforme argumentei, entendo que se deve partir do real, dos efeitos reais dos discursos que o Direito engendra e que engendram o Direito. E se deve fazê-lo com uma intenção criativo-criadora, com o que não se destrói o que há, não se começa do zero, mas reinterpreta-se e reposiciona-se o que há de tal forma que se o altera substancialmente.

3.2 Abordagem desconstrutivista do Direito: base para um projeto emancipatório

A epígrafe que abre esta monografia constitui sua própria substância e fim: “*Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo o progresso histórico*” (DERRIDA, 2007, p. 26). É bem certo que, ao manifestar-se de tal modo, Derrida não faz referência a uma visão teleológica do progresso humano. Nem a uma visão evolutiva linear. Nada é mais distante do projeto derridiano do que essa aparente orientação de seu enunciado, afinal, sua concepção histórica se aproxima mais daquela formulada por Kuhn, lido por Ovídio Baptista.

Ao enunciá-lo desse modo, ao contrário, Derrida parece divisar que um novo paradigma se descortina no campo dos estudos jurídicos, que uma nova revolução científica

ali se constitui. E não busca o filósofo disputar o espaço dessa revolução com os juristas nem conclamar para si os louros desse evento-acontecimento: há diversas correntes jurídicas que já o estavam realizando, ele o reconhece. Nessa passagem desse seu importante texto, Derrida fala-nos mais sobre o desconstrutivismo que sobre o Direito. Há quem diga que Derrida até o fim recusou a paternidade do desconstrutivismo.

Discordo. Entendo que nesse trecho ele a avocou com grande afínco, responsabilizando-se por ele e o orientando conforme sua compreensão. É verdade que outros falaram a partir do desconstrutivismo de divergentes maneiras, mas isso significa tão-somente que Derrida não é seu titular exclusivo. Mas que ele detém sobre essa corrente alguma titularidade que ele mesmo reconhece isso é irrecusável. É o que se vê na passagem transcrita e em seu contexto, em que Derrida defende o desconstrutivismo das críticas que a ele se dirigiram ao longo dos anos, em especial quanto à suspeita frequentemente levantada de que o desconstrutivismo, inserido no contexto e partindo do programa da pós-modernidade, seria responsável por ensejar apatia e desinteresse políticos.

Fredric Jameson conceitua bem essa suspeita, em passagem que noutra oportunidade abordei em maior profundidade (SANTOS, 2013, p. 43): “If we do not achieve some general sense of a cultural dominant, then we fall back into a view of present history as sheer heterogeneity, random difference, a coexistence of a host of distinct forces whose effectivity is undecidable” (1984, p. 57). Ao final dessa citação, exsurge de forma indubitosa o grande risco e temor que assombram a pós-modernidade: a indecidibilidade da efetividade das distintas forças a que se dá reconhecimento na pós-modernidade, o risco da desarticulação política promovida pelo reconhecimento da diferença. A questão sobre o que nos une, se somos tão diferentes.

Também Zygmunt Bauman faz referência a essa característica e a esse temor:

Uma das razões pelas quais passei a falar em “modernidade líquida” em vez de “pós-modernidade” (meus trabalhos mais recentes evitam esse termo) é que fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, entre “pós-modernismo” e “pós-modernidade”. No meu vocabulário, “pós-modernidade” significa uma sociedade (ou, se se prefere, um tipo de condição humana), enquanto que “pós-modernismo” se refere a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna.

Procurei sempre enfatizar que, do mesmo modo que ser um ornitólogo não significa ser um pássaro, ser um sociólogo da pós-modernidade não significa ser um pós-modernista, o que definitivamente não sou. Ser um pós-modernista significa ter uma ideologia, uma percepção do mundo, uma determinada hierarquia de valores que, entre outras coisas, descarta a idéia de um tipo de regulamentação normativa da comunidade humana e assume que todos os tipos de vida humana se equivalem, que todas as sociedades são igualmente boas ou más; enfim, uma ideologia que se recusa a fazer julgamentos e a debater seriamente questões relativas a modos de vida

viciosos e virtuosos, pois, no limite, acredita que não há nada a ser debatido. Isso é pós-modernismo. (BAUMAN, 2003, *online*)

É também disso que Derrida fala: dito de forma simples, trata-se do receio de que a crítica operada – agora que a incontestável verdade é de que não há verdades incontestáveis – se dê em nível e de forma tão radicais (rizomáticas), isso é, que de tal forma abalem suas próprias fundações e raízes que chegam indubitavelmente ao ponto de duvidarem-se até de si mesmos e, mais ainda, de entregarem-se a uma ausência de projeto ante a temerosa constatação de que tudo se desmanchará no ar. No entanto, tal qual Jameson e Bauman, também Derrida entende ser tanto possível quanto necessária a crítica pós-moderna quanto seu engajamento e norte político.

E é disso que se trata sua obra *Força de Lei*. Não a toa, é o primeiro texto de Derrida que fala objetivamente (e não obliquamente) sobre o Direito e a Lei. A reflexão que ali propõe constitui inestimável contribuição à ciência jurídica. Nas palavras do autor, o desenvolvimento da desconstrução na teoria e na filosofia do Direito

são, hoje em dia, do ponto de vista de certa desconstrução, dos mais fecundos e dos mais necessários.

Eles respondem, a meu ver, aos programas mais radicais de uma desconstrução que desejaria, para ser consequente com relação a ela mesma, não permanecer fechada em discursos puramente especulativos, teóricos e acadêmicos, mas pretender . . . ter consequências, mudar as coisas e intervir de modo eficiente e responsável (embora sempre mediatizado, claro) não apenas na profissão mas naquilo que chamamos a cidade, a pólis e, mais geralmente, o mundo. Não mudá-las no sentido, sem dúvida um tanto ingênuo, da intervenção calculada, deliberada e estrategicamente controlada, mas no sentido da intensificação máxima de uma transformação em curso, a um título que não é o do simples sintoma, nem o de uma simples causa: outras categorias seriam aqui requeridas. Numa sociedade industrial e hipertecnológica, o espaço acadêmico é, menos que nunca, o enclave monádico ou monástico que, aliás, ele jamais foi. E isso é verdade em particular para as faculdades de direito. (2007, pp. 14-15)

O que importa apontar neste tópico é que a abordagem desconstrutivista proposta neste trabalho abre caminho para sua operacionalização criativo-criadora, permitindo seu emprego em uma práxis emancipatória. Para isso retomo os apontamentos do tópico 2.1 desta monografia, em que se denunciou, na esteira da exposição de Ovídio Baptista, que a concepção atualmente dominante do Direito segue o paradigma racionalista: neutra, sistêmica, internamente coerente, totalizadora. Não me parece a essa altura necessário lucubrar pormenorizadamente acerca do óbvio (que é óbvio até mesmo por ser admitido, por fazer parte do discurso declarado): dentro de tal paradigma não há espaço para decisão e, assim, não há espaço para responsabilização. Sem responsabilização, não há lugar para emancipação, pois tudo o que é permitido dentro desse sistema é sua própria reprodução.

Uma visão indeterminística (a priori) do Direito – como aquela a que dá ensejo uma investigação como esta que ora empreendo, e que se encontrava mesmo no fundamento do texto de Derrida - lhe permite uma apreensão e operacionalização criativo-criadoras do Direito. No tópico seguinte explorarei uma das premissas que embasam uma possibilidade de desenvolvimento responsabilizado do Direito, a corrente do realismo crítico.

3.3 Uma perspectiva a partir do realismo cultural

O receio de que o reconhecimento da pluralidade subjetiva promovido pela cultura pós-moderna levaria ao incapacitismo político porque, sendo a diferença aspecto universal e absoluto não mais haveria espaço e lugar para a conjugação de forças e o reconhecimento de objetivos comuns, inabilitando o embate político, é falacioso. Tal falácia tem fundamento na concepção de que discursos são apenas discursos, que eles não tocam e não se deixam tocar pela vida, que a separação entre a teoria e a vida de que nos falava Bakhtin é insuperável.

Parto de uma noção absolutamente distinta. Defendo a necessidade do desenvolvimento de uma teoria e de uma prática do Direito a partir da perspectiva do realismo cultural. Tal perspectiva vem afirmar que é preciso dar um passo além da perspicaz constatação pós-moderna de que não há verdades nem realidades intrínsecas e de que muito mais do que somos capazes de perceber e que estamos dispostos a aceitar é produto discursivo. Acerca dessa perspectiva, já afirmei anteriormente:

While acknowledging the hegemonic power of cultural representations, this perspective refuses deterministic defeatism in face of the impossibility of accessing truth or reality an impossibility with which it deals more effectively. In other words, cultural materialism invests in the possibilities of agency by dealing with truth-effects and reality-effects instead of essentialist notions of truth and reality. (SANTOS, 2013, pp. 9-10)

Na perspectiva do realismo cultural, não se reconhece a constatação da constituição discursiva como um fim da análise sociocultural, apenas se a utiliza como ponto de partida para um segundo passo, qual seja o engajamento político com os efeitos dos discursos de verdade e de realidade, que geram efeitos reais.

Em uma passagem ilustrativa da proposta do realismo crítico, Linda Alcoff e Satya Mohanty defendem a necessidade de se reestruturarem as políticas identitárias em resposta ao ataque a elas feito pela crítica pósmodernista:

Although agreeing with some of the anti-essentialist critiques of identity that have been working to denaturalize identity categories, we argue against the conclusion that identities are merely fictions imposed from above. We contend that identities can be no less real for being socially and historically situated, and for being relational, dynamic, and, at times, ideological entrapments. Moreover, we believe that identity-based knowledge can achieve objectivity, not by the (unachievable) ideal of the disinterested, passive observer, but through a more workable approach to inquiry that aims to accurately describe the features of our complex, shared world. (2006, p. 6)

Dito isso, penso ser necessário reafirmar as consequências e efeitos reais trazidos pelo discurso juspositivista, especialmente a concepção desresponsabilizada do aplicador do Direito e o convite ao esvaziamento de reflexão ética no campo tão politicamente carregado do Direito.

Essa concepção, por reconhecer o caráter discursivo das concepções, instituições e estruturas socioculturais, é politicamente enriquecedora, pois parte-se do entendimento de que tais construções discursivas podem e devem responder ao embate político. Em outras palavras: entende-se que tais construções são discursivas e, nesse mesmo passo, entende que tais construções não são estanques, nem universais, nem eternas. Elas podem ser mudadas. E devem sê-lo, se se tornam instrumentos opressivos.

3.4 Premência de uma abordagem emancipatória do Direito

Salienta-se, ao cabo desta monografia, o contexto de que faz parte o projeto aqui proposto, parte de uma série de movimentos que buscam a elaboração de formas alternativas de se pensar e fazer o Direito. A intenção ao encerrar desta maneira é indicar o continuum em que a pesquisa se insere, reconhecendo suas fontes e convidando à sua continuidade.

A proposta se insere dentro do pensamento jurídico crítico, corrente cuja conceituada pelo professor Antonio Carlos Wolkmer como

A formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica. (2001, p. 18)

Quanto aos objetivos da corrente da teoria jurídica crítica, o professor Wolkmer cita, da obra *A Pureza do Poder* do saudoso mestre Luis Alberto Warat:

Luis A. Warat assinala alguns objetivos inseridos nos diferentes saberes críticos e que são condicionantes para instituir toda e qualquer teoria que intenta efetivar uma crítica plenamente satisfatória do fenômeno jurídico. Desse modo, no dizer desse

mesmo autor, as correntes caracterizadas por propostas metodológicas distintas aproximam-se quando objetivam:

- “a) mostrar os mecanismos discursivos a partir dos quais a cultura jurídica converte-se em um conjunto fetichizado de discursos;
- b) denunciar como as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do Direito e do Estado encontram-se apoiadas na falaciosa separação do Direito e da Política e na utópica ideia da primazia da lei como garantia dos indivíduos;
- c) rever as bases epistemológicas que comandam a produção tradicional da ciência do Direito, demonstrando como as crenças teóricas dos juristas em torno da problemática da verdade e da objetividade cumprem uma função de legitimação epistêmica, através da qual pretende-se desvirtuar os conflitos sociais, apresentando-os como relações individuais harmonizáveis pelo Direito;
- d) superar os bizantinos debates que nos mostram o Direito a partir de uma perspectiva abstrata, forçando-nos a vê-lo como um saber eminentemente técnico, destinado à conciliação de interesses gerais (...). Desta forma, a teoria crítica tenta recolocar o Direito no conjunto das práticas sociais que o determinam (...);
- e) criar uma consciência participativa que permita aos diferentes juristas de ofício engajarem-se competentemente nos múltiplos processos decisórios, como fatores de intermediação das demandas da sociedade e não como agentes do Estado (...);
- f) modificar as práticas tradicionais da pesquisa jurídica a partir de uma crítica epistemológica das teorias dominantes, de suas contradições internas e de seus efeitos ideológicos, com relação aos fenômenos que pretende organizar e explicar;
- g) proporcionar, nas escolas de Direito, instrumental pedagógico adequado para que os estudantes possam adquirir um modo diferente de agir, pensar e sentir, a partir de uma problemática discursiva que tente mostrar não apenas a vinculação do Direito com as relações de poder, mas também o papel das escolas de direito como produtoras de ideias e representações, que logo se entrelaçarão na atividade social como um valor a priori, pleno de certezas e dogmatismo.” (2001, pp. 19-20)

Como se vê, a tradição dessa corrente é romper com estruturas sociais opressivas, o que pode fazer através de inúmeras formas. A reflexão nesta monografia proposta é apenas mais uma delas: consiste em identificar os fundamentos da cultura jurídica dominante, explorar e questionar seus limites. Ao mesmo passo, trata-se de reconhecer a possibilidade de articulação política dos oprimidos, possibilidade que se abre em inúmeros pórticos, a exemplo do que citam Bray e Gonzalez:

Aos olhos de uma Teoria Crítica, reconhece-se a existência de um Direito não oficial que emerge das práticas sociais, um Direito “paralelo”, “achado na rua” ou “insurgente”. Nessa linha de raciocínio, o Direito é legítimo não em função da autoridade competente ou dos mecanismos procedimentais do Estado quanto à criação das normas, mas é válido porque a comunidade, em decorrência de seus costumes, hábitos e valores éticos, reconhece como tal. (2006, p. 17)

Para o jurista Boaventura de Sousa Santos, “a questão do potencial emancipatório do direito poderá ser correctamente tratado olhando para a dimensão jurídica dessas lutas globais de tipo contra-hegemónico” (1998, pp. 11-12)

O que pretendo significar por práxis jurídica emancipatória, para cuja construção pretendi através desta monografia ofertar elementos, é uma teoria e uma prática, uma reflexão e uma atuação jurídica que possa tornar-se instrumento nas mãos dos oprimidos em sua busca pela emancipação. Para fazê-lo, propus uma libertação das noções prevalecentes do Direito que constituem-se como grilhões, buscando nos convencer a todo tempo que o Estado não

está a nosso serviço, que ele não é mutável, que há só uma - ou algumas poucas - leituras possíveis da lei e que nenhuma delas abarca a mudança e, portanto, a emancipação. A abordagem desconstrutivista que propus exhibe as incoerências e inconsistências desse discurso declarado, minando-o e, com isso, abrindo espaço para novas interpretações, para novos fazeres, para novos pensares.

Os autores da corrente do pós-positivismo jurídico têm seguido a linha argumentativa e apresentado, inclusive, fórmulas matemáticas, regras rigorosas para a orientação ética da decisão. Gostaria de, com esta pesquisa, propor um outro caminho, um caminho onírico. É que penso que esse caminho não pode conduzir à libertação, pois ele busca justamente sufocar, reduzir, racionalizar à desumanidade a aplicação do Direito. Sinto que um caminho mais desejável nesse sentido é que abracemos a indecisão, é assumirmos que ela está sim na mão do sujeito, e oferecer-lhe substrato ético para uma construção mais humana do Direito.

Derrida, falando sobre Foucault falando sobre Descartes, resume: “É *no* sonho e *na* percepção . . . que eu ‘contorno’ a dúvida e reconquisto um solo de certeza” (DERRIDA, 2009, p. 66). Assim, contrariamente às ciências naturais, marcadas pela causalidade e beneficiadas pelo exercício abstrativo da reflexão a partir de condições ideais – o Direito não pode ser pensado a partir de condições ideais pois as circunstâncias em que o Direito existe não são manipuláveis, nem experimentáveis, nem previsíveis. Em termos aristotélicos, não existe uma metafísica do Direito, como teme Kelsen, e o Direito só existe como causa e efeito reais de discursos. Encerro, portanto, defendendo a imperatividade de adoção e desenvolvimento de formas de abordagem do Direito norteadas por propósitos emancipatórios, a partir da compreensão de que a metanarrativa de que se constitui o Direito pode e deve ser abordada através de uma práxis criativo-criadora, que explora seus próprios limites, lacunas, incoerências. Nesta pesquisa busquei apontar um caminho possível para isso: a abordagem desconstrutivista do Direito, minando o paradigma racionalista que o preside na atualidade e, com isso, abrindo espaço para a indeterminação, acompanhada da responsabilização dos sujeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestas considerações finais gostaria de retomar a motivação inicial desta pesquisa para relatar como elaborei a questão investigada. Devo aqui também apontar a divisão de capítulos da monografia. Antes, contudo, devo ressaltar que penso tratar-se de um trabalho ainda em desenvolvimento, sendo a questão abordada bastante audaciosa, algo que em um TCC não se pode com a profundidade adequada abordar, ainda que eu tenha buscado fazer um recorte bastante claro para permitir que a investigação pudesse ficar propriamente agasalhada em um formato de monografia final de curso.

Comento a respeito de minha motivação porque, encarando agora o encerramento do curso, fica nítido como ainda busco aquilo que me trouxe à graduação em Direito. É que eu, muito embora desde cedo tenha sentido propensão para seguir carreiras jurídicas, carregava uma série de impressões equivocadas a respeito do Direito. Repugnava-me, especialmente, a concepção de que *o Direito não passaria de um mecanismo a serviço da manutenção do status quo*, objetivo de que jamais compartilhei, pois sempre fui sensível às causas sociais e à perspectiva dos oprimidos e jamais me pareceu que o Direito pudesse ser qualquer coisa diferente do que a institucionalização das opressões sociais. Minha percepção a esse respeito foi melhor iluminada no ano de 2008, quando em intercâmbio acadêmico na Universidade de Essex, onde tive oportunidade de conhecer e conviver com amigos que lá cursavam a pós-graduação em Direitos Humanos, além de trabalharem junto a ONGs dessa área. Uma das causas em que eles atuaram que me marcou envolvia uma ordem de despejo contra uma comunidade cigana inteira que havia se fixado provisoriamente em um terreno improdutivo. Grupos como esses precisavam com frequência enfrentar batalhas judiciais para buscar a garantia da manutenção do seu modo de ser. Ao testemunhar isso pela primeira vez pude perceber o Direito a partir de uma outra perspectiva, constatando então que *não só era possível como era necessário que houvesse pessoas operando o Direito em defesa dos oprimidos*. Se menciono esse episódio é para ressaltar que a questão subjetiva que em princípio me impediu e posteriormente tornou imperativo que eu me dedicasse às ciências jurídicas está marcada também nesta pesquisa, uma vez que a questão que me propus a investigar nesta monografia é se *é, afinal, possível ou não que o direito sirva a propósitos emancipatórios*.

Trata-se, é claro, de questão bastante ampla e nada original. A controvérsia é tratada já há muito tempo, com posicionamentos brilhantes de cada lado, dentre os quais

destaco a inspiradora fala da escritora e ativista feminista, negra e lésbica norte-americana Audre Lorde, para quem não se pode, utilizando-se das ferramentas do senhor, destruir a casa-grande. Minha contribuição nessa discussão parte de uma outra perspectiva, sem contrariá-la. Na minha visão, que busquei explorar nesta pesquisa, *pode-se destruir a casa-grande explorando-se a fragilidade de sua própria estrutura*. Proponho isso através do questionamento acerca do que é o Direito e sugerindo que, possivelmente, é o nosso entendimento acerca do que o Direito é que frequentemente nos convence de que não é possível manejá-lo de forma emancipatória. Então, minha hipótese inicial de pesquisa – a resposta que imaginei à pergunta a ser investigada – era de que sim, é possível manejar o Direito e torná-lo instrumento das lutas emancipatórias, desde que o abordássemos e o entendêssemos a partir de uma perspectiva que desconstruísse as concepções reinantes sobre o Direito. E não uso a expressão “desconstruir” de forma corriqueira. Com esse termo, faço referência a uma teoria, a uma filosofia, a um método filosófico denominado desconstrutivismo, que parte da obra do filósofo francês Jacques Derrida, fundador de uma verdadeira revolução paradigmática nas ciências humanas e sociais. A partir daí estruturei meu trabalho de tal forma a explorar essa questão e essa hipótese, conforme passo a descrever, retomando os principais aspectos abordados ao longo deste estudo.

No primeiro capítulo busquei delinear a faceta discursiva do Direito, partindo de uma exposição dos fundamentos e desenvolvimento da linguística. Narrei a história dessa ciência desde Saussure até a virada linguística, ressaltando o impacto que tal evento trouxe às muitas vertentes das ciências humanas e sociais. Busquei então apontar como a ciência jurídica ela mesma passou por desenvolvimentos análogos, em reflexão onde busquei ressaltar a historicidade de cada desenvolvimento dessas ciências. No entanto, conforme lá aponte, ainda que testemunhemos movimentos jurídicos pós-positivistas, problematizei ao final daquele capítulo o fato de que o discurso – tanto patente quanto latente – do Direito ainda se alicerça fortemente nos fundamentos do paradigma racionalista estabelecido por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Tal paradigma constrói o Direito como um sistema extremamente racional, autorreferenciado e dotado de coerência interna e completude.

Assim, foquei no entendimento do Direito como discurso porque, conforme defendi, é a partir da compreensão do Direito enquanto construto sociocultural que podemos começar a questionar seus fundamentos. Narrei então, no primeiro capítulo, o desenvolvimento da ciência linguística, de onde surgiu o movimento estruturalista e, posteriormente, o pós-estruturalismo, no seio do qual se desenvolveu o pensamento derridiano. Conforme aponte, com a fundação da ciência linguística por Ferdinand Saussure

se lança a concepção de que o signo linguístico é uma união entre um significante e um significado, marcando-se a concepção de que há coisas no mundo a que a linguagem simplesmente nomeia, denominando a relação entre esse objeto e essa expressão que o representa signo. Essa forma de perceber o mundo e sua relação com a linguagem foi o que marcou o surgimento e desenvolvimento do estruturalismo, movimento teórico-filosófico de grande impacto em distintas áreas do saber.

No entanto, a partir de determinado momento começou-se a inquirir até que ponto existe efetivamente algo de concreto a que as palavras fazem menção, ou seja, começou-se a questionar se há efetivamente possibilidade de algum acesso à concretude, ao real. A questão marca a reflexão acerca da efetiva correspondência entre palavra e coisa. Questionou-se, em resumo, a relação entre significante e significado, reflexão que marcou o advento da guinada linguística no desenvolvimento das ciências humanas. Esse evento marcou o início da compreensão de que boa parte da maneira como vivemos e nos relacionamos com o mundo é perpassada pela linguagem e que, não só ela representa o mundo como ela também cria o mundo. A partir desse questionamento, começou a se firmar a noção de que não temos qualquer possibilidade de ter acesso ao que se pode denominar real, ao que se pode considerar concreto, porque estamos fadados a apenas margear a concretude e a realidade através da linguagem. Toda a nossa forma de pensar e de existir é intermediada pela linguagem, e as ciências humanas precisaram enfrentar esse tema.

Nesse contexto, Derrida propôs uma concepção que alterou nosso entendimento acerca desse fenômeno. Ele sugeriu que o que o que se tem não é a relação entre significante e significado, como cria Saussure, mas a relação entre significantes. Ou seja, as palavras relacionam-se umas às outras, não às coisas, à realidade, ao mundo. Assim, com Derrida se enfraqueceu a concepção de que há um real paralelo à linguagem, um real a que corresponde a linguagem. O que ele vem afirmar é a impossibilidade da determinação do real, porque tudo está intermediado pela linguagem. A partir dessa premissa o filósofo desenvolveu uma reflexão acerca de como se dá essa relação entre os significantes, sugerindo o mecanismo que ele denominou *différance*, termo que, conforme aponte, carrega em sua própria grafia a tradução do que o conceito pretende significar. Derrida é um filósofo francófono e a expressão *différance* é uma alteração intencional da palavra francesa *différer*, que significa tanto diferir quanto diferenciar. Trata-se de palavras homófonas, mas de distintas grafias.

Busquei explorar a forma como essa palavra-amálgama se relaciona com a relação entre os significantes proposta por Derrida. É que para ele a relação entre os significantes se dá através de um adiamento e de uma diferenciação. Isso porque o sentido nunca está

presente, o sentido é sempre adiado para um outro sentido, que é adiado ainda para outro sentido, indefinidamente. Para o filósofo o sentido nunca está presente, ele é sempre adiado, sempre diferido, justamente por conta dessa concepção de que os significantes relacionam-se uns com os outros. Ao mesmo tempo, o sentido é marcado pelas diferenças. Cada sentido é distinto daquele outro sentido a que ele faz referência. É o que experienciamos, por exemplo, quando, ao consultarmos o dicionário, localizamos o verbete pesquisado, que faz referência a uma outra palavra, que é preciso consultar, mas que nos remete ainda a outros termos e assim sucessivamente, com o que testemunhamos o mecanismo que Derrida nomeia *différance*.

Dito isso sobre a linguagem, sobre o questionamento da realidade por ser apenas tangível por meio da linguagem, que é caracterizada pelo mecanismo descrito da *différance*, e sobre a mudança de concepção através da qual se abandonou a ideia de que as palavras se relacionam às coisas e passou-se a conceber que elas se relacionam é com outras palavras Derrida desenvolveu um novo hábito de leitura, uma maneira desconfiada de se abordar textos. O filósofo nos aponta que tudo aquilo que queremos dizer sempre nos escapa, porque não conseguimos aprisionar o sentido, de forma que o sentido não se encontra naquilo que efetivamente dizemos, mas naquilo que deixamos escapar. A partir dessa concepção Derrida desenvolveu um hábito de leitura que veio a ser denominado desconstrutivismo, um método através do qual se abordam os textos buscando-se perceber aqueles vazamentos do sentido, que se manifestam em indícios de que se está o tempo todo buscando-se prender o sentido, estabelecendo-o, esclarecendo “o que eu quero dizer”. No entanto, não é possível escapar desse mecanismo da linguagem que faz com que todo o sentido seja sempre adiado e diferenciado. E esse esforço constante que temos de lutar contra isso, através do qual buscamos constantemente amarrar, prender o sentido, é muito marcado em nossa enunciação, tornando-se constitutivo de nossos enunciados. Dito de outro modo: *para Derrida, todo discurso que se pretende coerente, que se pretende racional, é na verdade constituído por tudo aquilo que ele busca marginalizar a fim de erigir sua aparente racionalidade, coerência, completude, inteireza*. Tais tentativas de expulsão ficam extremamente evidentes na própria tessitura dos textos, sendo facilmente perceptíveis os esforços para prender aqui ou acolá algum sentido. Evidenciam-se, por exemplo, em notas de rodapé, em pequenas digressões, em menções feitas *en passant*, em algum aspecto diminuto que é seguidamente reiterado, em apartes, em apostos, em comentários marginais. Tudo isso são sintomas que se manifestam claramente em todo e qualquer texto, denunciando sua tentativa de escapar de algo para se apresentarem coerentemente. O que Derrida aponta é que tudo aquilo que se busca excluir constitui fortemente o texto, é como se o discurso fosse se moldando ao redor daquilo que ele

busca excluir, ficando assim marcado por aquilo que ele nega, de forma que precisamente aquilo que o texto nega o constitui, ficando o Outro claramente marcado e presente dentro do texto.

Esse foi, em resumo, o trabalho do primeiro capítulo: narrar o desenvolvimento do estruturalismo ao pós-estruturalismo de forma a poder apontar essa concepção sobre o discurso e a linguagem que permitiriam a abordagem que eu estava propondo. No primeiro capítulo, então, busquei caracterizar o aspecto discursivo do Direito.

Restou ao capítulo seguinte questionar os fundamentos dos dogmas juspositivistas, o que busquei fazer através de uma abordagem desconstrutivista. Para isso, retomei brevemente seu desenvolvimento e fundamentos. Como busquei deixar claro, o desconstrutivismo opera através de um gesto que investiga os discursos a partir de seus próprios fundamentos, expondo suas próprias limitações e contradições. Com tal abordagem, o discurso de completude e coerência interna do juspositivismo kelseniano cai por terra, e seus maiores fantasmas – a ideologia, a política, a moral relativa, a sociologia, a psicologia em suas influências sobre o Direito – mostram-se fortemente presentes e constitutivos de seu discurso. Ainda que a exploração a esse respeito tenha sido breve, creio ter demonstrado que tal abordagem é extremamente fecunda e revela a intenção meramente conservadora, mantenedora do *status quo*, dessa vertente jurídica.

Nesse capítulo parti então da premissa de que o Direito é uma construção discursiva social e culturalmente criada de forma bastante peculiar. O paradigma dominante do direito é, sem dúvida, o positivista, oriundo do paradigma racionalista científico. Quem explora com profundidade tal tema é o professor Ovídio Baptista, que em excelente texto parte da consagrada concepção de Thomas Kuhn acerca dos paradigmas científicos e da estrutura das revoluções científicas. Segundo Kuhn, cada era científica é marcada pelo consenso da comunidade científica acerca de uma série de pressupostos que não são questionados. É partindo dessas premissas que todas as teorias e correntes daquela era se constroem. A partir do momento em que as condições históricas e materiais começam a colocar questões que não conseguem mais ser respondidas a partir daquele paradigma dominante, desenvolvem-se as condições para ocorrer o que Kuhn denomina uma revolução científica, isso é, a derrocada do paradigma anteriormente dominante, que começou a ser questionado por ser insuficiente para responder as questões que sua era exigem, e o surgimento de um novo paradigma em seu lugar, isso é, de um novo conjunto de pressupostos que darão base para novas formas de pensar.

De certa forma, o movimento que narrei no capítulo inicial é também a história das revoluções científicas operadas no campo da linguagem e das ciências humanas. O exemplo maior da tese de Kuhn é a revolução copernicana, já que sua concepção parte das ciências naturais. No entanto, Ovídio Baptista promove uma adaptação do pensamento de Kuhn para as ciências sociais e nesse capítulo ressalto que a narrativa que fiz no capítulo anterior acerca do desenvolvimento da ciência linguística até a guinada linguística e ao pós-estruturalismo derridiano é, também, exemplo de revolução paradigmática no campo das ciências humanas. Nessas três áreas, a sugestão de que não há certezas absolutas é muito forte. Aí é que vem um questionamento muito importante, que o professor Ovídio Baptista faz abertamente, sem parecer consciente que ao fazê-lo está operando uma abordagem desconstrutivista do Direito, tarefa que me propus a fazer de forma explícita, partindo de seu texto. É que, ao passo que nas ciências naturais e nas ciências humanas operou-se recentemente esse conjunto de revoluções científicas, nada parece haver de novo no campo das ciências jurídicas, que seguem fortes no paradigma racionalista fundado com o juspositivismo de Hans Kelsen.

A partir daí, debrucei-me sobre a obra Teoria Pura do Direito porque ela marca o início dessa concepção juspositivista que é até hoje dominante, empenhada na tarefa de desconstruí-la. Para fazê-lo, portanto, busquei ler seu texto tentando identificar os momentos em que ele busca prender sentidos que lhe extravasam. Por exemplo, os maiores fantasmas a assombrar o projeto kelseniano são a presença da ideologia no pensamento jurídico, a presença de qualquer aspecto moral, a noção de incompletude, de incoerência, enfim, toda a sua proposta científica para o direito é construída a partir de sua busca pelo afastamento dessas características. Diante disso não foi tarefa difícil desconstruir o texto de Kelsen, pois são recorrentes e marcantes em seu texto as passagens em que ele se via atormentado por essas características que buscava a todo tempo excluir do Direito. Ressaltei, nesse capítulo, dois excertos que achei particularmente marcantes desse esforço, muito embora haja muitos outros.

Por fim, busquei argumentar que essa abordagem e proposta não vêm em vão, oferecendo-se como um meio para vislumbrar um outro Direito possível, um Direito emancipador – teoria e prática. No capítulo derradeiro, busquei argumentar como a abordagem desconstrutivista do paradigma racionalista juspositivista kelseniano possibilita a investigação maior proposta, ressaltando a importância dessa investigação, de forma a encerrar o trabalho com uma abertura para pesquisas futuras.

Assim, busquei justificar a pesquisa, explicando de que forma que essa abordagem propicia uma práxis emancipatória do Direito. Conforme busquei explorar ao longo da pesquisa, o Direito só não serve como instrumento de emancipação se se abriga a concepção juspositivista do Direito, marcado por tantas certezas, por tanta coerência, por tanto vazio político. É um exercício difícil de se fazer porque esse é ainda o paradigma dominante, sendo ainda muito grande em toda a parte a crença num cientificismo racionalista jurídico. A conclusão – ou abertura – dessa reflexão é de que é possível sim que instrumentalizemos o Direito de forma emancipatória se abandonarmos essa concepção científica e racionalista, segundo a qual o Direito não contém contradições, não contém incompletudes, não pode conter valor político.

A mensagem final que espero ter deixado é de que é sim possível uma abordagem emancipatória do Direito, se derruirmos seus fundamentos conservadores através de uma abordagem desconstrutivista, procedimento que defendi ser necessário e imperativo. A partir do momento em que questionamos esse paradigma podemos instrumentalizar o Direito de forma emancipatória, pois assim podemos revelar a inconsistência desse Discurso, que a todo tempo busca nos convencer que ele não pode estar a serviço dos oprimidos. Trata-se de construir um novo paradigma e creio estarmos na iminência desse acontecimento porque o paradigma racionalista não mais dá conta das questões que estão sendo colocadas no campo do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOFF, Linda Martín. “Who’s Afraid of Identity Politics?” In: MOYA, Paula M. L.; HAMES-GARCÍA, Michael R. (Eds.). *Reclaiming identity: realist theory and the predicament of postmodernism*. Berkeley: University of California Press, 2000. 312-344.

ALCOFF, Linda Martín; MOHANTY, Satya P. “Reconsidering Identity Politics: An Introduction”. In: MOYA, Paula M. L.; HAMES-GARCÍA, Michael R.; MOHANTY, Satya P. (Eds.). *Identity Politics Reconsidered*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. 1-9.

ARENDT, Hannah. *Eichmann: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do Things with Words*. Londres: Oxford University Press, 1962.

BAKHTIN, Mikhail. *Para uma Filosofia do Ato Responsável*. Traduzido por Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos: Pedro & João Ed., 2010.

BARTHES, Roland. “Myth Today”. In: BARTHES, Roland. *Mythologies*. Traduzido por Annette Lavers. Nova Iorque: The Noonday Press, 1991. 109-164.

BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Líquida*. Depoimento. [19 de outubro, 2003]. São Paulo: Caderno Mais, da Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1910200305.htm>>

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Compilado por Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSI, Alfredo. “O Positivismo no Brasil: uma ideologia de longa duração”. In: PERRONE-PERRONE-MOISÉS, Leila (org.). *Do Positivismo à Desconstrução: ideias francesas na América*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. 17-48.

BOURDIEU, Pierre. *O Senso Prático*. Traduzido por Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2009.

BRAY, Renato Toller; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. *Teoria Crítica no Direito e Pluralismo Jurídico: novos paradigmas éticos para o modelo jurídico nacional*. In: Cadernos de Direito. 6(11). Piracicaba: 2006. pp. 9-21.

BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: on the discursive limits of ‘sex’*. Nova Iorque: Routledge, 1993.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. Nova Iorque: Routledge, 2006.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001

DERRIDA, Jacques. “Interview with Julia Kristeva”. In: *Positions*. Traduzido por Alan Bass. 5 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. 15-36.

DERRIDA, Jacques. *A Escritura e a Diferença*. Traduzido por Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

DERRIDA, Jaques. *Força de Lei: o “fundamento místico da autoridade”*. Traduzido por Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

EAGLETON, Terry. *Teoria da Literatura: uma introdução*. Traduzido por Waltensir Dutra. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAMESON, Fredric. Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism. *New Left Review*, Londres, n 146, pp. 59-92. jul./ago. 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LARENZ, Karl. “A Interpretação das Leis”. In *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 439-518.

LORDE, Audre. *The Master’s Tools Will Never Dismantle the Master’s House*. In LORDE, Audre. *Sister outsider: essays and speeches*. Nova Iorque: The Crossing Press Feminist Series, 1984. pp. 110-113.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOHANTY, Satya P. “The Epistemic Status of Cultural Identity: On Beloved and the Postcolonial Condition”. In: MOYA, Paula M. L.; HAMES-GARCÍA, Michael R. (Eds.). *Reclaiming identity: realist theory and the predicament of postmodernism*. Berkeley: University of California Press, 2000. 29-66.

NASCIMENTO, Evando (org.). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Traduzido por Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e Desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (org). *Do Positivismo à Desconstrução: ideias francesas na América*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. 213-236.

RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira; MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. *O positivismo jurídico em Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3934, 9 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27567>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Poderá o Direito Ser Emancipatório?” *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra. n 65. 3-76. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SANTOS, Juliana Mattos dos. *Stirring up the Jameson/Ahmad debate*: “national allegory” through a cultural realist perspective. Dissertação (Mestrado em Inglês: Estudos Linguísticos e Literários). Centro de Comunicação e Expressão, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística Geral*. Traduzido por Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “O Pensamento Ideológico”. In *Processo e Ideologia*: o paradigma racionalista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 5-34.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3.ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOOD, David (ed). *Derrida*: a critical reader. Oxford: Blackwell, 1996.